IHS

POR PARTE DE DOÑA MARIA POSSESSORIOS y Padilla, viuda de don Gonçalo Fernandez de Villalta, Ventiquatro que fue de la ciudad de Iaen, como madre, y tutora de ſus hijos.

(*,*) *EN EL PLEYTO.* (*,*)

CON EL DEFENSOR DE LOS BIENES de don Baltaſar de Villalta y Alarcon, poſſeedor que fue del mayorazgo que fundó Gonçalo Fernandez de Villalta, Cauallero de la Orden de Calatraua, Comendador de Viboras, Caualleriço que fue del ſeñor Emperador Carlos Quinto. Y con don Juan de Obregon, vezino deſta ciudad, y otros vezinos de Torre Ximeno.

N. 1. REVOCACION de tres ſentencias de remate (pedida por don Gonçalo) dan cauſa a eſte pleyto (y aunq̃ del ſe ha dado memorial ajuſtado) juzgo por neceſſarios algunos preſupueſtos en el hecho, para ſu mejor inteligẽcia, y q̃ deuia obſeruar la antiguedad de cada vna de las execuciones, y remates, cuya reuocacion ſe litiga (por no variar la forma del memorial) la primera de que trataremos, ſera la que a fauor del dicho don Iuan de Obregon, y don Franciſco de Obregon ſu padre, ſe pronunciò en la villa de Torre Ximeno, en virtud de executoria emanada deeſta Real Chancilleria.

2 ¶ Pretendiò don Franciſco de Obregon, padre de don

Iuan

Iuan,que oy litiga ſer vinculada la mayor parte de la dote, que doña Maria de Cortinas, hija de Manuel de Cortinas, y de doña Guiomar de Acuña, lleuò a poder de Gōçalo Fernandez de Villalta, poſſeedor del mayorazgo que fundò Gonçalo Fernandez de Villalta, Cavallerizo del ſeñor Emperador, quando con el caſò.

3 ¶ Fundaſe el dicho don Iuan de Obregon, en que doña Maria de Cortinas, tia de doña Maria, muger de don Gonçalo Fernandez de Villalta, que por el teſtamento que otorgò en Otubre del año de 538. fundò vn patronato, a que ſeñalò 50ɉ. marauedis de renta, dexando por patrono a Manuel de Cortinas, a quien aſsimiſmo dexò por heredero, el qual es padre de la dicha doña Maria de Cortinas, muger de Gonçalo Fernandez de Villalta, primero poſſeedor del mayorazgo de los Villaltas.

4 ¶ Manuel de Cortinas por el teſtamento que otorga el año de 540. mejora en tercio remaniente de quinto a la dicha doña Maria ſu hija, ſeñala la mejora en bienes que tenia en la ciudad de Malaga, con prohibicion de enagenacion, y llama a los hijos de la dicha doña Maria, y a falta dellos a doña Leonor de Cortinas, hermana de la ſuſodicha, y hija ſuya. Deſta pretende decender don Iuan de Obregon, que oy litiga.

5 ¶ Doña Guiomar de Acuña, madre de las dichas doña Maria, y doña Leonor de Cortinas, trata de caſar a aquella con el dicho Gonçalo Fernandez, promete en dote a la ſuſodicha 10ɉ. ducados por eſcritura de capitulaciones de 13. de Agoſto de 559. la dote ſe compone de tres generos de bienes. Vnos del patronato que funda doña Maria de Cortinas de los 50ɉ. marauedis mencionados. Otros legitima, y tercio, y quinto de Manuel de Cortinas, padre de la dicha doña Maria. Otros caudal propio de la dicha doña Guiomar ſu madre, y dotante.

6 ¶ Seys mil nouecientos y treynta ducados, caudal propio de la dicha doña Guiomar, madre de la deſpoſada, mil y quinientos y ſetenta ducados de los bienes de doña Maria de Cortinas la vieja, del patronato que queda referido, mil y quinientos ducados por legitima de ſu abuela, madre del dicho Manuel de Cortinas ſu padre, y en quanto por derecho de mejora, no ſe le dà coſa alguna, porque no huuo bienes de q̄ ſe pudieſſe hazer, que las dichas tres partidas importan los dichos diez mil ducados.

7 ¶ Entre las condiciones con que ſe capitula dicho matrimonio, es con calidad, que dentro de dos meſes, contados deſde el dia del otorgamiento, que fue en 13. de Agoſto de 559. el dicho don Gonçalo auia de traer facultad de ſu Mageſtad, para obligar a la ſeguridad de la dicha dote, y arras, que fueron dos mil ducados los bienes del mayorazgo que poſſeia, fundado por Gonçalo Fernandez de Villalta, Cavallerizo del ſeñor Emperador.

En

8 ¶ En veinte y ſiete de Agoſto del miſmo año, don Gonçalo, eſtando ya deſpoſado, dize otorga eſcritura de recibo, de los dichos diez mil ducados en dos caſas principales, tiendas, y horno, en la calle de Elvira, mil y trecientos ducados de vn cenſo, contra Iuan de la Torre, y cien ducados de reditos corridos del, mil y trecientos ducados que deuia Franciſco Nuñez de Madrid, mil ducados en bienes muebles, que ſe auiã de apreciar, mil y trecientos ducados en cenſos, y hazas en la ciudad de Almuñecar, que aſsimiſmo ſe auiã de apreciar con todos los demas referidos.

9 ¶ Tambien ſe capituló, qne ſi no traxeſſe don Gonçalo la facultad para hipotécar los bienes de ſu mayorazgo a la ſeguridad de la dote, ſolo le auian de dar tres mil y ſetenta ducados, y auiendo confeſſado en la eſcritura de veynte y ſiete de Agoſto del dicho año de 559. auer recibido todos los diez mil ducados dotales por eſcritura de 2. de Setiembre del miſmo año, confieſſa ſolo auer recibido mil y quatrocientos ducados, los mil y trecientos en el cenſo de Iuan de la Torre mencionado, y ciento de los corridos, de que dà fee el eſcriuano, y es vna de las poſſeſsiones, contenidas en la primera eſcritura, en que confieſſa recibirlos todos.

10 ¶ Ganada la facultad en 9. de Otubre del dicho año, en 12. de Diziembre del, hipoteca los bienes del dicho mayorazgo a la ſeguridad de la dicha dote, y no conſta que aya eſcritura de entrego de los bienes dotales, ni aprecio dellos deſte matrimonio de don Gõçalo de Villalta, y doña Maria de Cortinas. Nació don Baltaſar de Villalta, vnico heredero de ſus padres, aſsi en la dote, como en el mayorazgo de los Villaltas, por morir ſin hijo, ni deſcendiente, ſucediò en dicho mayorazgo don Luys de Villalta, y por ſu muerte don Gõçalo de Villalta, marido de doña Maria Poſſeſſorios, que oy litiga por cabeça de ſus hijos.

11 ¶ Don Baltaſar, ſo color de dezir, que no auia bienes libres de que hazerſe aſsimiſmo pago de la dote de ſu madre, ſiendo vnico heredero de la ſuſodicha, pide mandamiento de execuciõ por dos mil ducados por cuenta de la dicha dote, ſale remate vendẽſe los bienes con los defetos que abaxo ſe verà, y eſta es vna de las execuciones de que ſe pretende reuocacion, de que formaremos articulo a parte.

12 ¶ Por el año paſſado de 601. el dicho don Baltaſar pidiò nueuo mandamiento de execucion por los diez mil ducados que ſe reſtauan deuiendo, ſaliò remate por ellos: Eſta es la execucion que eſtà tambien apelada, y ſe pretende reuocacion della.

13 ¶ Don Franciſco de Obregon, como decendiente de doña Leonor de Cortinas, llamada a el mayorazgo que fundò Manuel de Cortinas de ſu tercio, y quinto, en cabeça de Maria ſu hermana, muger de Gonçalo Fernandez, primero poſſeedor del mayo

razgo de los Villaltas, se opone à el apremio, despachado a fauor de don Baltasar, diziendo no poder el susodicho cobrar los dichos bienes dotales, porque el era sucessor en ellos, respeto de ser vinculados, y en defeto de tener hijos el dicho don Baltasar, a el dicho don Francisco le tocauan los dichos bienes, como descendiente de la dicha doña Leonor, y aunque por auto del Alcalde mayor de esta ciudad se auia mandado que se apreciassen bienes, hasta en la cantidad de diez mil ducados, y estos se entregassen a don Baltasar, *hasta tanto que con sus fructos estuuiesse pagado.* Este se confirmò a pedimiento de dõ Francisco de Obregon, con que para el aprecio se citassen los sucessores, y don Baltasar diesse fianças de tener de manifiesto hasta en cantidad de ocho mil ducados, y por auto de reuista se confirmò, con que solo el remate fuesse por rres mil ducados, sin fiança, y siẽdo por todo afiãçara por siete mil, hasta que se litigasse si auia bienes de doña Maria de Cortinas, la mayor, y Manuel de Cortinas, y constaua ser vinculados, ò no.

14 ¶ En veynte y seys de Março del año de 616. el dicho don Baltasar haze transaccion con don Francisco de Obregon, en que se obliga a darle quatro mil ducados de los bienes del mayorazgo de los Villaltas, como obligados en virtud de facultad Real a la restitucion de la dote a doña Maria de Cortinas su madre.

15 ¶ Muere don Baltasar año de 20. sucede don Luys de Villalta en el mayorazgo de los Villaltas, executale don Francisco de Obregon, llega la causa hasta citarle de remate, apelasse por parte de don Luys, veese, remitese en discordia, no se prosiguiò mas en el, ni se determinò.

16 ¶ Don Francisco de Obregon dexado este juyzio buelve a el ordinario que auia intentado contra don Baltasar, siendo viuo seguida la causa por sentencia de vista, fue condenado don Luys de Villalta, como posseedor del mayorazgo, pague dẽtro de nueue dias a don Francisco de Obregon quatro mil ducados para el vinculo de doña Maria de Cortinas, la qual se confirmò en reuista.

17 ¶ Don Francisco de Obregon sin auer requerido con la executoria, y ganada prouision sobrecarta della, para que la justicia dentro de veynte dias le hiziera pago, so color de dezir, que don Luys era poderoso, presentala en Torre-Ximeno, sale remate, vendense los bienes con los defetos, y nulidades que abaxo se verà, esta es la tercera sentencia de remate, de que està apelado, y pedido atentado, este se reserua para difinitiua, auiendo en el juyzio executiuo, salido como tercero don Gonçalo de Villalta, que despues de la muerte de su padre en esta Corte, y aora sus hijos han proseguido la dicha causa.

DIVI-

18 ESTA vltima executoria ha de ser la primera parte deste informe, en la qual se fundarà, que todo lo fecho, y executado en virtud de ella es nulo, con que el atentado que se auia pedido, y por autos de vista, y reuista reseruado era justificado; en el primer articulo de esta primera parte, se mostrarà, que la executoria ganada a fauor de don Francisco Obregon no puede subsistir respeto de las colusiones, y omissiones que huuo en la prosecucion de la causa qne siguiò con don Luys de Villalta: en el segundo articulo se ajustarà que no huuo mayorazgo de doña Maria de Cortinas, ni de Manuel de Cortinas: en el tercero articulo se fundarà que respeto de no auer mayorazgo la hipoteca que se hizo de los bienes del mayorazgo de los Villaltas, no pudo cõsistir, assi por falta de bienes, como porque no se obseruò la forma de la facultad, dada para ello, ni se pidiò con las calidades q̃ eran necessarias: en el quarto articulo serà justicar con los autos que la segunda suplicacion, interpuesta por don Gonçalo Fernandez de Villalta de la sentencia de reuista, dada a fauor de don Francisco de Obregon, esta legitimamente determina la remissiõ que huuo en ella, y que no se pudo proseguir el pleyto en lo principal si no se huuiera determinado.

19 ¶ Segunda parte serà justificar, que la execucion de los diez mil ducados, que diò motiuo a que a este pleyto saliera don Francisco de Obregon transaccion, fecha entre el susodicho, y don Baltasar de Villalta, son y fue todo nulo.

20 ¶ En la tercera, y vltima parte cerraremos el discurso con la primera execucion de los dos mil ducados, pedida por D. Baltasar, contra los bienes de su mismo mayorazgo, auiendo sido hijo, y heredero del mismo que auia obligado el mayorazgo, no constar de inuentario, ni auerse hecho acto alguno en ella juridico.

(*‚*) PRIMERA PARTE. (*‚*)

21 GANADA la executoria por don Francisco de Obregõ, contra los bienes del mayorazgo de los Villaltas, se trata de seguir la via executiua para cobrar, la qual se siguiò, nullo dato iuris ordine, y con tantos defetos, que cada vno dellos era bastante, a que todo se declarara por nulo, y aunque ay mucho que dezir procurare ser breue, si con ella es possible comprehenderlo todo.

Vt maria & terras, atque omne quod extat in orbe
Monstrare brebiter picta tabella solet.

22 ¶ El primero defeto que huuo en la forma desta execucion (dado que la executoria tuuiera subsistencia, que con este presupuesto

puesto correrè en esta primera parte, siendo assi, que no lo es por las causas que se fundaran en el articulo siguiente.) Es, que auiendose mandado por la executoria, que si Don Luys de Villalta, posseedor del mayorazgo de los Villaltas, no pagasse dentro de nueue dias los quatro mil ducados enque auia sido condenado a fauor de de don Francisco de Obregon le executassen, y vendiessen bienes para ello, no es nueuo la poca extension que el derecho concede a las sentencias en fauor de los litigantes, por ser stricti iuris, l. 1. C. si plures in vna sentencia, l. si iudex, ff. qui sunt sui, l. diui, ff. de liberali causa, l. si aut, ff. de re iudicata, D. Salgad. de Reg. protect. 4. p. c. 14. n. 47. Gratian. decis. 214. n. 11. Mantic. decis. 66. D. Couarruv. lib. 3. var. c. 5. in fin. Roland. consl. 76. n. 10. lib. 3. Decian. consl. 8. n. 108. lib. 1. Menochio consl. 110. à n. 13. lib. 2. & alij plures ab eis citatis, esta calidad de los nueue dias se deuia hazer notoria a la parte de don Luys, requiriẽdole cumpliesse con el tenor de dicha executoria faltò, con que todo quedò nulo.

23 ¶ Lo primero, porque auiendo sido forma, y decreto de la sentencia, de que primero el dicho don Luys fuesse citado de la misma suerte que contra el se auia de executar por autoridad de la cosa juzgada, assi tambien deuia ser citada, para que en todo se cumpliera cõ el tenor de la dicha sentẽcia, por ser acto sine quo nõ, como abaxo se verà, & quia sentẽtię debet in totũ obseruari prout sonat, & iacet D. Salg. de Reg. protect. p. 4. c. 14. n. 48. ibi: *Nec vltra extenditur, quam importat verborum sonnus*, Fab. de Ana consl. 117. per totum præsertim n. 14. ibi: *Comprobãtur hæc omnia, quia sententia non intelligitur plusquam verba sonant*, l. 1. C. si plures in vna sententia, Alex. cõsl. 48. n. 9. lib. 6. Curcius Iunior consl. 153. n. 19. D. Cast. lib. 5. c. 88. per tot.

24 ¶ Auiẽdo pues la sentencia mandado citar a don Luis no auiendose hecho fue faltar a lo determinado por la sentencia, con que la execucion que se prepostero a la dicha citacion fue nula, argument. text. in l. pro latam, C. sent. & inter locut. omnium iudicum, ibi: *Quia solitum iudiciorum ordinem*, l. 1. C. quando reuocare non est necesse, l. fin. C. sentẽtijs ex breui loq. recitãdis, c. cum dilecta de rescriptis, Bald. in l. pro latam, col. penult. *vers. Nota*, C. sententijs, & interlocution, Tiraq. de retract. lignag. §. 1. glos. 21. num. 11. Caputaq. decis. 143. n. 5. p. 3. Rot. apud Farinac. decis. 345. nu. 1. p. 2. in recent. vbi n. 2. ait: *Quod non seruata forma decreti omne factum erit nullum*, Mench. succes. creat. §. 4. à principio, Rebuf. in l. mulier, §. res, ff. verb. significat.

25 ¶ Ni disuena esta calidad que tuuo la sentencia de razõ juridica, pues por derecho comun en las executorias se dauan quatro meses de termino, para que dentro de ellos pagasse, y cumpliesse el deudor con el tenor della, l. 2. & 3. C. de vsuris re iudic. c. conquærente 26. vbi glos. verb. *Quadrim est*, de offic. & potest. iudit. de leg. Nigusant. de pign. p. 6, memb. 1. n. 7. Tambien estaua dispuesto lo mismo

por derecho comun,antiguo,l.deuictionibus 31.ff.de re iudic.l.3. §. & cum antiquitas,C.de vsuris rei indic. testifica Aulogelio lib. 20. noctiuum aticar.c. 20.obseruarse lo mismo con 30.dias de termino, por las leyes de las doze tablas, Valdouino ad l.duodecim tabul.l. 46 n.18.Calvin.post lexicom. sub titt.de Regijs legibus,l.33.& 34. Carondas ad easdem leges,l.63. Antonio Contio succesiuarum lectionum iuri ciuilis,lib.2. c.18.quibusdam additis,Iacob. Rebard. ad leges duodecim tabularum,c.8.omitiẽdo las solemnidades que la antiguedad en la forma de la execucion de las sentẽcias, con el termino mencionado,obseruaua en las tres ferias,con los pregones que refiere Macrobio lib.1. Saturnal c.16.Tertuliano in appologetico,aduersus gentes,c.40.Hugo Donel.de pignorib. c.10. Parlad. lib. 20. rer. quot.c.fin.p.5.§.7.nu.1. que por estar antiquada,y no ser de nuestro intento no canso mas,y porque en los citados se podra ver.

26 ¶ Por nnestra ley del Reyno,que es la 5.tit 27.p. 3. vbi glos. 1. se dan diez dias para que requerido el deudor con la executoria,dentro dellos pague,y en defeto de hazerlo, entonces se proceda a execucion,captis pignoribus,con que hallandose el defensor de los bienes de don Luys de Villalta,con el decreto de la executoria , que manda pagne dentro de nuene dias la asistencia de derecho que el dicho decreto tiene, como queda prouado lo exorbitante, que son à iure las vias executiuas, no parece puede correr con justificacion la que en virtud de la executoria mencionada , siguiò contra el dicho don Luys don Francisco de Obregon.

27 ¶ Corroborase lo referido,no ignorando los dos remedios que el derecho introduxo para execucion de las sentencias passadas en autoridad de cosa juzgada,que son actio iudicati , & officiũ iudicis,aquella es la mas comun , pues el officium iudicis, no pudo intentarse,como abaxo se verà , aquella es la que siguiò don Francisco de Obregon contra don Luys de Villalta, como posseedor del mayorazgo qne fundò Gonçalo Fernandez de Villalta , Cauallerizo del señor Emperador. Y todas las vezes que la execucion se haze en virtud de sentencia,aunque por ella no se mande citar, de necessidad se deue hazer, *quia actio iudicati citationem requirit.* Y las demas solemnidades del juyzio,aunque mas executiuo sea, Bart.in l.intra dies,n. 1. Iasson in l.si se non obtulit,§.si ex conuentione,n.3. ff. de rei iudicatæ, Afflictis decis.346.n.9.Gail.obseruat.lib.1.obseruat.113.nu.9.l. item veniunt,n.22.§.idem, ff. petitione hæreditatis vbi etiam , glos. *verb.conueniatur*,per text.ibi: *Quando iudicati conueniatur* , Speculator in tit.de execut.§.qualiter,los quales todos asientan ser necessaria citacion,ò monicion,por hablar en los terminos que los Doctores, y en especial Gail loc.citato, nada huuo con que se reconoce el poco fundamento con que corriò aqnella via executiua , y pago que se hizo a don Francisco de Obregon.

28 ¶ Que la accion iudicati sea la que intentò don Francisco en este pleyto, es cierto, pues el officium iudicis, que tambien se dà, excercetur, si ne partis petitione, vt notat in l. 4. §. hoc autem iudicium, ff. de damno in fect. aliquando data vna tantum parte, vt in l. quintus, ff. de anuis leg. aliquando, quando vna pars petit vt altera aliquid facit, vt in restitutione minorum, iuxta ea quæ eleganter notat Iasson in l. cum filio, n. 110. ff. de legat 1. ninguno destos medios intentò don Francisco de Obregon, pues la execucion fue a pedimiento suyo, en ella interuino el, y don Luys de Villalta, ni tampoco pidiò que a don Gonçalo se le concediesse termino alguno restitutorio con que per necesse corriò la accion iudicati, en la qual ex natura rei, era necessaria la citacion, vt extat dictum, y consta de la l. 1. C. de iuris, & facti ignorant, ibi: *Si cæperis ex sententia conueniri*, l. meminerint 6. C. vnde vi, ibi: *Siue sententia cuiuslibet iudicis vtantur in causis conueniendos dominos esse*, §. fin. Institut. de pœna temere litigantium, Rebuff. de sententijs execut. art. 7. glos. 11. à n. 10. Colerius de process. execut. p. 3. c. 7. Magonio decis. Florent. 119. n. 7. Marescotus variar. resolut. lib. 1. c. 13 n. 1. & 3. Peregr. cõs. 3. n. 16. tom. 5. Scacc. de apellat. q. 11. n. 186. Rictius collect. 126. ibi: *Verum equior, & humanior sententia est, quod requiratur citatio, vt tenet Casiod. decis. 6. de causa possessionis, & proprietatis*, Dueñ. regul. 94. Caued. decis. 210. n. 4. Cam. Borel. in summa decitatione, tit. 44. n. 307. Alex. Raud. cons. 28. n. 44. lib. 1. Bernard. Græbeus ad practicam Camare Imperialis, lib. 1. concl. 113.

29 ¶ Con no menos elegencia que los referidos, acredita esta opinion Honded. cons. 20. n. 43. p. 1. ibi: *Opus est ante executionem citare possessorem alias, sine citatione nullo modo potest exequi sententia quoniam regula est in iure aprobata in executione sententiæ citationem partis requirit.*

30 ¶ Azeuedo comentando nuestra ley del Reyno 19. tit. 21. lib. 4. de la Recop. n. 29. adonde no con menor estilo, aunque si bien con mayor extension dize las palabras siguientes, ibi: *Et sic in executoria antequam eius executio fiat debet per iudicẽ iubere, quod parti notificetur, & quod soluat alias malam executionem pronunciabit Senatus secundum, Rebuff. tom. 1. constitutionum Franciæ, tit. de sententijs executibis, art. 7. glos. 9. n. 12. pag. 365. & n. 31. in fin.* ibi: *Bene tamen verum est, quod sententia data in rem iudicatam, & executoria eius est notificanda condemnato, non in vim citationis ad exsequendam eam, sed in vim monitionis, vt condemnatus soluat condemnationem intra terminum præstitum in sententia, & hoc ad efectum scilicet, quod si intermino non soluerit executio sententiæ fiat contra eum, vt inquit Rebuff. de litteris obligatorijs, art. 12. n. 7. & 8. & à fortiori notificatio hæc fiat si terminus in sententia non esset signatus, vt asignetur per iudicem, & hæc notificatio indistinctè sit, siue executoria, & sententia eiusdetur, super spetie, aut re extante siue non*, y el estilo comun a faltar la razon de derecho, nos lo enseña, y lo vemos asi cada dia practicar.

31 ¶ Antonio Fabro en el comẽtario de la ley Plausius 61.

ff.de procuratorib. dize que la causa desta citacion es, porque el juyzio intentado en virtud de la executoria, es pleyto nueuo, y assi lo siẽte Bartulo en la ley creditores, num. 23. vers. 3. *casu*, C. pign. y con esta razõ responde el propio Fabro a las palabras de la dicha ley plautius, ibi: *Procuratorem condemnatum non debere conueniri*, porque espira la instancia, y contra el procurador no puede librarse la executoria, respõdiendo à la ley hoc iure 86. de solut. en la adulteracion de las palabras, *Sicuti cum agit iudicati*, que este proceda quando el procurador se obliga de iudicato soluendo, juntamente con el dueño del pleyto, Greg. Lopez in l. fin. tit. 5. p. 3. glos. 2. & 1. Donell. lib. 18. coment. c. 9. Pedro Fabro lib. 1. semestrium, c. 13. y que entonces no es necessaria citaciõ porque corre la executoria sin ella contra el procurador como obligado: con que es cierto habemus intentum, de que sea necessaria citacion para la execucion de la sentencia bonus est, text. in l. defendẽte, ff. authoritate tutorum, adonde notan los DD. quod iudez post sententiam debet interrogare partem an vellit satisfacere, que es la citacion que en este caso mandò la sentencia hazer por la clausula, ibi: *Pague dentro de nueue dias de como con nuestra sentencia fuere requerido*, Andres Barbatius cons. 37. col. 3. vol. 4.

32 ¶ Siendo, pues, cierto, que la accion iudicati pide citaciõ quando se intenta, y requiere las demas solemnidades de derecho, aũque el juyzio sea executiuo, como queda ponderado en los numeros precedentes, no salva la nulidad delos autos, en que la sentencia, passada en cosa juzgada trayga aparejada execucion, no solo por derecho del Reyno, como muchos pensaron, si no tambien por derecho ciuil, ex l. 4. §. si ex conuentione, ibi: *Manebit ordo executionis*, l. si à Diuo Pio in princ. ff. de re iudic. l. minor viginti, & quinque annis, ff. de minorib. vbi post Bald. tenet Cuiat. & Fab. Fulgos. in l. intra dies, ff. re iudic. Brisonius lib. 4 select. cap. 2.

33 ¶ Con todo, como contra su execucion se pueden oponer muchas excepciones, segun la l. sunt qui, l. Necenius 41. §. fin. ff, de re iudic. l. ab execucione, C. quor. appellat. deue el condenado precissamente ser citado, y oydo, por ser la accion intentada, accion nueua, l. iudicati 61. ff. de re iudic. l. actori, C. de iur. iurand. vbi Bald. glos. in l. 1. C. de iudic. quitosele el termino de poderlo hazer, pues se le impidiò por defecto de la citacion el poder pagar antes de llegar a la execucion, segun la doctrina original de Cin. in l. 1. C. iuris & facti ignorantia, fundado en la l. hoc iure 10. ff. verb. obligat. ibi: *Non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit ante eam diem, &c.* Bald. in repet. legis tale pactum, §. qui probocabit, quæst. 10. ff. de re iudic. Hypolitus de Marsilijs in repet legis de vno quoque, num. 107. casu 33. ff. de re iudicat.

34 ¶ Pudo tambien oponer de incompetencia, segũ la glosa en la Clemẽtina vnica de sequestratione possessionis, & fructuum,

C l. fin.

l.fin.C.etiam à nõ competẽte iudice,pudo oponer de nulidad, l. fin. C.de feris,l.pro latam,C.de sententijs,& inter locut. potuit oppone re de iure retentionis (y este es el mejor derecho que se descubre de los autos,como abaxo se verà) notatur in cap.licet depræhendis in 6. y otras muchas excepciones que refiere Rebuf.in tract.de sentent.exe cut.art.7.glos.11.à num. 10.de las quales algunas fielmente,alijs cita tis,refiere Carleual de iudic.lib.1.tit.3.disput.1.à num. 23. cum sequentibus.

35 ¶ Quitòle tambien a D. Luys de Villalta el mismo preuilegio que la executoria le dà la preposterada execucion que D.Frãcisco de Obregon siguiò ante la justicia de Torre-Ximeno, que era gozar de los nueue dias mencionados contra la razon del texto en la l.edictum 55.ff.de iudic.ibi: *Plane licet omnis ab antecessore numerus finitus sit solet successor vnum edictum dare*, aunque por la executoria se diò fin a el pleyto (vt ex bulgaribus notum est) por ella misma se le diò la misma extension de los nueue dias,notat eleganter Bald.ad propositum in l.ordo,num.12.C.execut.rei iudic.Dec.in cap.ex ratione, nu. 17. de appellat. y faltando en esta execucion el mismo termino que por la mesma sentencia se diò,todo serà nulo,vt ex dictis apparet.

36 ¶ En doze de Mayo del año passado de 23.saliò sentencia de reuista,que condenò a don Luys de Villalta, como posseedor del mayorazgo que fundò Gonçalo Fernandez de Villalta,Cauallerizo del señor Emperador,a que pagasse 4U.ducados de los bienes de el a don Francisco de Obregon esse dia,a su pedimiento,se le dà prouision para que la justicia de la villa de Torre Don Ximeno le hiziesse pago dentro de veynte dias, motiuò el darsele socolor de dezir ser los Alcaldes amigos,y parientes de don Luys de Villalta (lo contrario manifiestan los autos) con la executoria la presenta en doze de Iulio del dicho año,sin otro acto alguno se executa en bienes rayzes el dia treze.El 16.le citan de remate. En 19.con seys dias le encarga de los diez de la ley.El 27.sale remate,y desde el 29. hasta el primero de Agosto,se hazen diferentes remates,y los vltimos el dia 8.9.y 10.sin auerse dado la fiança de la ley de Toledo.

37 ¶ Con 20.dias se sigue vna via executiua, y segun leyes destos Reynos,y disposicion de derecho, a lo menos auia de tener setenta y nueue para que pudiessen vender bienes algunos, y en especial en esta causa,adonde por la executoria se mandò, que dentro de nueue dias pagasse don Luys de Villalta (por no pagar se passa a la via executiua) trabòse en bienes rayzes,veynte y siete auian de ser los dias de los pregones, tres de la citacion de remate, diez del encargamiento de los diez dias de la ley,treynta despues del apremio para la venta de los bienes (y esto dado que no huuiera vn tercero en esta causa,como lo fue don Gonçalo de Villalta) y deuiendo ser la venta solo de 4U.ducados,segun se mandaua por la executoria,se excede en mas

cantidad

cantidad de 450. ducados, sin la lesion que interuino en la venta de los que se remataron.

38 ¶ Bien se reconoce que era amigo el Alcalde que cumpliò la executoria de don Francisco de Obregon, no de don Luys de Villalta, con la prouision que se diò, para que dentro de veynte dias se hiziera el pago, mas auia de ser para no hazerse por lo anticipado q̃ el Alcalde anduuo en hazerlo, pues dello auiendo procedido juridicamente, es cierto se huuieran euitado estos pleytos, y mas quando la prouision no mandò restringir termino alguno, y el mandar se hiziesse pago dentro de veynte dias, era passados los nueue de la executoria, y los demas que el derecho dispone, el modo de proceder referido acredita la injusticia que padeciò don Luys de Villalta en la execucion de la executoria, cuyo remedio oy piden los menores hijos de don Gonçalo de Villalta, de cada defecto desta execucion, por no llamarle nulidad, que es el nombre que mas legitimamente le cõuiene podia hazer vn largo alegato tomo el cansar, y assi con la mayor breuedad en los numeros siguientes se ajustarà.

39 ¶ Manda la sentencia de reuista, que D. Luys de Villalta dentro de nueue dias pague 4U.ducados a don Francisco de Obregon, para el mayorazgo, que se pretẽde fundò Manuel de Cortinas, y doña Maria de Cortinas, el mismo dia que saliò la sentencia, se dà prouision para que la justicia de Torre-Ximeno dentro de veynte dias haga el pago en virtud de la dicha executoria, ajustado queda, como sin auerse guardado la forma de dicha executoria, se procediò a executar en los bienes del dicho don Luys, y por euitar repeticiõ passo a ajustar si esta prouision que se diò para que dentro de veinte dias se hiziera el pago, auia de ser estando la causa sentenciada de remate, ò se auia de hazer desde el dia que el inferior fuesse requerido cõ ella, y executoria, sin atender a via executiua, si no començar luego a vender bienes, ò si siguiendose via executiua se deuian guardar los terminos todos della, y no atropelladamente passar a remate, como en esta causa se hizo sin guardar algnno.

40 ¶ Coutrariedad indica lo mandado en la executoria, a lo ordenado por la prouision, segun el modo con que el juez inferior procediò, porque auiendo mandadose por aquella, que don Luys pagasse dentro de nueue dias, y por esta que el Alcalde hiziesse pago dẽtro de veynte, segun el modo de proceder, non benè conueniunt, porque siendo preciso el que aya via executiua para la cobrança de qualquiera pago que sea, no se puede de ninguna suerte omitir el seguirla.

41 ¶ Que sea necessario vsar de via executiua al acreedor, en virtud de la sentencia, passada en cosa juzgada, es cierto, y se le dà por preuilegio en la l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. (menos en el caso que la renuncia) Azeued. ibi num. 18. Carleual de iudic. lib. 1. tit. 3. disp. 5. à num. 5.

a num. 5. Cur. Philip. 2. part. §. 3. à num. 1. glos. verb. *del*, in l. 1. tit. 27. part. 3. y lo mismo estaua dispuesto por derecho ciuil, l. fin. ff. de re iudic. l. 1. C. de executione rei iudic. l. sicum nulla, C. de in integrum restitut. Speculator in tit. de execut. rei indic. 2. part. in princ. Parlad. lib. 2. rer. quotid. part. 1. §. 1. per tot. con que si conforme la l. 19. del propio tit. 21. del lib. 4. de la Recop. se ha de seguir y guardar la forma prescripta en ella, no auiendose, serà nulo todo lo que en contrario se hiziere, Azeuedo ibi num. 1. *Si tenor eius, & forma non fuit obseruata in executionis progressu, & processu nulla erit executio nam forma nostræ legis tanquã noua, & cum modificationibus proposita substantialis est.* Con que si auiendo se pedido execucion en virtud de la carta executoria, y prouision mẽcionada, no auiendose guardado los terminos que por la ley del Rey no se dan clare patet, ser todo nulo.

42 ¶ Y el mismo Azeuedo en el lugar citado considera por qualidad de forma, y substancia esta de los terminos en la via executiua, por ser ordenada, y mandada por ley, y prosigue ibi: *Quæ qualitas à l. requisita censetur de forma substantiali secundum Auend. resp. 14. in fin. & ordo procedendi datus à principe substantialis indicatur, & ordine illo nõ seruato censetur processus nullus, cap. dilect. de rescript. notatur Bald. in l. pro latam, C. de sententiis, & inter loquitur omnium iudic. vbi moderni voluerunt teste, Bantio de de nullitat. tit. ex defectu processus, num. 54. & 55.* lo mismo dize en el num. 83. citando Octauiano en la decision Pedamontana 164. num. 11. Con que clare patet que la prouision que se diò, para que dentro de 20 dias se hiziera pago a don Francisco de Obregon, no pudo quitar la forma de la ley del Reyno (ni tratò de esso) y mas estando seguida en virtud de la executoria, via executiua, como consta de el memorial.

43 ¶ Omito el cansar, si esta prouision pudo perjudicar a la executoria, haziendo argumento de la dacion, de la vna a lo mandado en la otra quando la executoria fue ganada con conocimiento de causa, y esta per modum prouisionale, y que menos pudo oponerse a la ley del Reyno, pues era necessario derogacion expressa della. Materia es conocida el autorizarla, ni discurrir en ella, serà mas cansar que informar, pues en este caso la executoria es la que tiene primas vices agendi, y la prouision, solum vna in citatiua, vt executioni mandetur.

44 ¶ Con todo no puedo omitir que la executoria en la clausula de los nueue dias, en que mandò que don Luys pagasse, no solo tiene assistencia de derecho comun, como queda dicho, aunque llanamente se mandara que pagasse, segun la l. quod dicimus 105. ff. de solutionib. l. fin. glos. verb. *statim*, C. de iudicijs, cap. qui qumque 77 distinct. adonde le dan los Doctores extension de vn mes, Surd. cõs. 550. num. 6. Alex. in l. diuortio, ff. solut. mat. num. 10. plura Narbona de etate, & qualitate, à num. 14. quæst. 18. num. 12. se auia de obser

uar,

uar,y dar termino,vt solueret,si no tambien del Reyno,vt in l.6. tit. 14.lib.4.Recop.ibi:*Fasta tercero dia*,& ibi: *Hagalò el Alcalde executar hasta diez dias*,l.2 tit.1.part.5.ibi: *Diez dias despues que fue prestada.* Luego si por ley del Reyno hallamos estar dado termino de diez dias, para q̃ despues de requerido con la executoria pague el deudor,no podrà la prouision incitatoria que despnes se diò, para que se pagasse, quitar aquel preuilegio que el derecho tiene dado al deudor, vt intra illud tempus soluat,ni derogar sin causa las leyes del Reyno.

45 ¶ Y aora corre la doctrina de la glosa,*verb.restitui*, in l. Æmilius,ff.de minorib.quam singularem,dixit Bald.in cap.1.in princip.de noua forma fidalit.11. *Quod interpellatione facta non statim debitor in mora cõstituitur,sed necesse est;quod aliquod tempus transeat, ex decreto iudicis*,Rippa in l.insulam,num.35.Alciat.num.15.Iacob.de Niger. nu. 100.Bart.nu.3.ff.de verb.obligat. Stephan. Gratian. discept. forens. cap.42.num.35.& 36.Cacheran.decis.71.num.50.Menoch. de arbitr.casu 36.à num.2.Luego si don Luys de Villalta no estaua constituydo en mora contra quien se dirigia la executoria, ni el juez que la auia de executar, con quien hablaua la prouision, no podrà darse caso de que esta pudiesse tener efeto alguno en reuocacion de los nueue dias que la dicha executoria contenia, con que ex de factu formæ, parece claudica en la primera entrada la execucion que se hizo contra los bienes del mayorazgo que posseia don Luys de Villalta.

46 ¶ *Quod magis est procedendum secundum iuris ordinem, quam secundum formam rescripti*,dixo la glosa,*verbo,rationabilis*,in cap.ex parte, el 2. 13. in ordine, de officio, & potestate iudicis,de leg. lo mismo consta del cap.causamque 18. de rescriptis, en la via executiua que se siguiò contra don Luys, se halla la executoria con las asistencias de derecho,segun los diez dias que en ella se mencionan,y la prouision en que manda hazer el pago dentro de veynte dias (no se puede negar que esta es exorbitans à iure) en concurrencia de estos dos derechos aquel se à de guardar, que mas se adapta a su disposicion, interpretando tal vez a aquel se le opone, asi lo notò Aymon Craueta lib.3.cons.390.num.14.&cons.412.num.4.Ancharr.cons.353.llamò ala execucion que se haze,preposterato iuris ordine,en virtud de rescripto procedere,*leuato velo* (como aqui) Ric.in praxi aurea resolut.92.per tot.Calderin.cons.25.aliàs 2.de rescriptis,in princ. plures August.Barbos.in d.c.causam quæ,num. 2. Con lo qual si la executoria, en que huuo conocimiento de causa, manda dar termino de nueue dias,para que no se guardassen,era necessario que en la prouision que se le siguiò,se mandasse que sin embargo de los dichos nueue dias se hiziesse el pago, no se mandò hallasse la executoria despachada, secundum iuris dispositionem, con que esta para la forma de la execucion es la que deuia obseruarse,segun lo referido, y no lo decretado en la prouision,por ser contra, & præter ius.

47 ¶ Despachado el mandamiento de execucion, y trauado en bienes rayzes, se dan los pregones; todos en tres dias; deuiendo ser en 27. conforme la l. 19. tit. 21. lib. 4. l. 17. tit. 7. lib. 9. l. 43. in fin. tit. 13. lib. 8. Recop. Cur. Philip. 2. p. §. 18. n. 7. Parlad. lib. 2. rer. quot. cap. fin. part. 5. §. 8. n. 7. 8. & 9. Carleual de indicijs, lib. 1. tit. 3. disp. 1. num. 28. per tot.

48 ¶ Tres dias dà la ley del Reyno, para que el citado de remate se oponga, que es la 19. tit. 21. lib. 4. l. 36. tit. 4. lib. 3. Recopilat. Cur. Philip. §. 19. num. 1. & 2. este se omitiò, y solo se concedieron dos dias.

49 ¶ Deuiendo encargarle con los diez dias de la ley, solo se le dan seys; siendo como son aquellos precisos, segũ Parlad. dict. c. fin. p. 5. §. 10. Azeued. in l. 19. n. 122. tit. 21. lib. 4. Recop. y por ser como es termino legal, no se puede restingir, Azeued. in l. 11. tit. 7. lib. 3. Recop. à n. 1. & in l. 1. tit. 3. lib. 4. Recop. à n. 12. no se diò la fiança de la ley de Toledo: que esta de necessidad es precisa, segun Parladoro lib. 2. rerum quotidian. c. fin. p. 5. §. 14. n. 2. Curia Philipica p. 2. §. 21. n. 2. Auend. in tit. de las excepciones c. 36. y assi parece và reconociendose la poca justificacion con que se procedio al remate.

50 ¶ En virtud del apremio se tratan de vender los bienes rayzes, en que se auia trauado la execucion el dia 27. de Iunio, y el dia primero de Agosto estaua vendida la mayor parte de los bienes, de que se auia de hazer el pago, esta venta es contra la l. del Reyno 60. tit. 18. p. 3. ibi: *Y aun extonce deuese fazer con otorgamiento del Iuez del lugar, andando la cosa en almoneda treynta dias.* De estilo regularmente, assi se ha obseruado, y obserua Azeued. in l. 4. tit. 7. lib. 7. Recop. n. 15. Escob. de ratiotin. c. 16. n. 17. Coler. de processo executiuo, p. 3. n. 92. Gratian. discept. c. 7. n. 2. Leon disc. 108. nu. 4. & 5. Herm. in l. 52. tit. 5. p. 5. glos. 5. n. 13 siendo pues estilo, comunmente obseruado, no auiẽdose guardado en la subhastacion todo lo que se huuiere obrado serà nulo, Bald. in l. ordo, n. 9. C. execut. rei iudic. Iodoc. de subhastationib. cap. 2. num. 4.

51 ¶ Dado que faltara esta costumbre, obseruada en España, Carleual lib. 1. de iudic. tit. 3. disp. 1. n. 6. dize, que post capta pignora, se dan a los deudores dos meses, para que paguen antes que se vendan los bienes, auiendo primero assentado el termino, que por derecho estaua dado a los deudores, para que pagassen en virtud de la sentencia, ibi: *Si verò debitor post quadrim este tempus nouis legibus indultum non soluit pignoribus captis compellendus est ad satisfaciendum, verum post capta pignora indulgetur, etiam debitoribus, tempus duorum mensium aliorũ quo possint soluere, & antequam pignora vendantur, vt notat Iass. in dict. l. debitoribus, nu. 4. post Bartol. & allios ibi, ff. de re iudicat. Atque ita hodie gaudebit debitor iuxta ius commune tempore sex mensium quatuor quidem autequam pignora capiantur, duorum verò, post capta pignora, ante eorum vendtiionẽ.* En los deuitos fiscales,

les,conforme el texto en la l.in fraudem 45.§. fiscalibus debitoribus ff.de iure fisci, se le concedia en deuitos grandes tres meses de termino para pagar en los menores dos meses, ibi: *Vt in maioribus summis, non plus quam tres menses in minoribus non verò plus quam duo.* Nada desto tuuo don Luys de Villalta en la venta de los bienes de su mayorazgo, pues desde el dia 27.de Iulio, hasta el dia primero de Agosto, se le vendieron 4U440.ducados de bienes; que a justa, y comun estimacion valian mas de 20.como abaxo se verà.

52 ¶ No quedò esta via executita libre de exceso en el Iuez requerido; porque siendo cierto que la prouision que se diò sobre la executoria, para que hiziera el pago dentro de veynte dias, era, y se deuia entender passados los terminos que nuestra ley del Reyno pide, como queda ponderado, los acortò de tal suerte, que excediò contra la ley, y lo mandado en la executoria, maior nullitas, se llama esta por exceder en los terminos, y faltar a la comission, Bocr.decis. 299. à n. 1.Riminald.iun.cons.281.n.70.Bertaç.cons.465.n.24. Vantius de nullit.ex defecto iuris, n. 10.Giurb.decis.96. nu.10. D. Salg.de Reg. protect.p.4.c.6.n.30.

53 ¶ No es menor la nulidad que interuino en los remates, por la lesion enormissima que huuo en la venta de los bienes, como consta de los autos, prouada cō mucho numero de testigos, y fue, ipso iure, nula por el presunto dolo, qui nullitatem opperatur ipso iure, l.omnes, §.Lutius, ff.quę in fraudem creditorum, l. 2. §. plane, ff. de doli exceptione, l.si quis cum aliter, ff. verb.obli.l. si superstite, C. de dolo, tradunt.Corn.cons.214.volum.3.Gamma decis.94.num.13. Marquesan. de commission. tit. de commiss. restitutis in integrum, c.3.n.8.Valasc.de partit.c.39.n. 54. Vicent.de Franchis decis. 665. n.6.Zeuall.q.763.n.43.Canc.1.var.resolut.c.13.n.11.& cum in numeris resolut. Giurb. decis. 115. n. 1. per tot. etiam si venditio fiat in publica subhastatione, vt resolvunt Gamma decis.40.& decis. 95. & decis.189.Zeuall.q.536.n.2.Azeue in l.1.n.65.tit.11.lib.4. Recop. Cancer.variar.resolut.1.p.c.13.n.14.Gratian.lib.1.discept c.7.n.10. Surd.cons.39.n.4.Mastr.decis.33.n.10.Giurb.vbi supr.nu. 1 & cum in nnmeris nouissimè Herm.in addictionib.ad Greg.Lop.in l.56.tit. 5.p.5.glos.4.n.3.

54 ¶ Bien reconocido queda quan defectuosa es la via executiua, que se siguiò en virtud de la executoria, contra el mayorazgo del dicho don Luys, pues se halla seguida sin termino alguno que el derecho le conceda determinar sobre el atentado, ò reuocar la via executiua (que es lo intentado en este articulo) no quita a don Francisco de Obregon su derecho, solo dello se consigue el reparar vn daño tan considerable como a padecido el dicho don Luys de Villalta y sus sucessores: y mas quando se reconoce la via executiua, omnino nulla, y en este caso ha lugar el atentado, Mareschot.lib.1. variarum, cap.52.

c.52.n.25.Gracian.forencium c.850.n.17.&c.872.n.4.&c.987.n. 29.Gutier.pract.lib.1.q.120.Rod.de redictib.q.17.nu.66. Gracian. decis.9.n.4.Zeu.de fuerças q.109.n.7. por las nulidades que quedan referidas, ser todas tan considerables.

55 ¶ Assimismo la causa no tuuo estado para sentenciarse de remate, porque por peticion presentada por don Luys de Villalta, auiendo alegado diferentes cosas, entre ellas pidiò, que don Francisco de Obregon jurasse possessiones, y el Alcalde lo mandò, el qual no jurò, y el dia siguiente el Alcalde pronuncia la sentencia de remate, y es cõtra vna ley del Reyno, que expressamente manda, que auiendose pedido por el executado a el acreedor que jure, que el juez, como sea antes del remate le compela, *a que lo haga*, ibi: *Aunque sean passados los diez dias, los Alcaldes le compelan a ello, con tanto que sea antes del remate*, lo mesmo tiene Parladoro lib.2.rer.quot.c.fin.p.5.§.10.n.26.& sequentib.Suarez in l.post rem iudic.ab eo citato, n.25. Gutierr. nu. 1. pract.q.117.en el n.8.resuelue queda suspensa la execuciõ, si el a quiẽ se pide que jure està presente, y no lo haze, Cur.Philip.2.part. §.20. num.6. Luego si don Francisco de Obregon estaua presente, como consta de los autos, el juez no apremiandole a que jurara, no pudo proceder en la dicha causa a el remate, vt tenent citati & nostra lex Regni.

56 ¶ El vltimo defecto que pondero contra esta via executiua, es, que auiendo salido a este punto don Gonçalo de Villalta, como tercero opositor, deuia ser oydo, y admitido, por ser las causas todas que representò juridicas, y de tal calidad, que qualquiera dellas era bastãte a suspender el curso de la execucion, como abaxo se verà, y auuque este tercero se oponia, ad fabendum reo, por el interes que se le seguir, como inmediato sucessor, deuia recebirse la causa a prueua, & audiri via ordinaria, vt multis citatis tenet Carleual de iudic.lib. 1.tit.3.disp.12 per tot.adõde se refierè a muchos, no solo no se le cõcede termino ordinario, mas ni aun el termino que en las vias executiuas el derecho concede, con que cerramos el discurso a esta primera parte, sacando della no auerse guardedo la forma de la executoria, no auerse citado a don Luys, para que pagasse dentro de los nueue dias (como se dispone por derecho) restringidos los 27. dias de los pregones, los tres de la citaciõ, los 10. de la ley a 6. venderse bienes rayzes en tres dias, no darse la fiança de la ley de Toledo, auer en la venta lesion enormissima, no auer jurado don Francisco possessiones, no auerse oydo a vn tercero, exorbitãtes à iure, son las vias executiuas, muchos defectos son los referidos, para suplir, y que cada vno pedia vn largo informe, y que este llegue a manos de V.m. tan necessitado de autoridades, y razones, como los menores hijos de don Gonçalo de Villalta, que oy litigan por el excesso con que procediò el juez inferior en la venta de los bienes, que considerando lo largo de este pleyto la

corta

corta que ha tenido su profecucion; se declare auer lugar el atentado reseruado, ò a lo menos rcuoque la dicha sentencia de remate, atendiendo a lo que refiere Alvaro Velasco de iur.emphit.q.6. nu. 17.que la sentencia dada *de consensu partis præter miso iuris ordine*, no valga en fuerça de sentencia, ibi: *Postremo duo non omisserint circa prædictam legem Regiam tit.49.in nouis.tit.63; primum, quod & si iudices in hoc Regno iubeantur sequi veritatem compertam non ideò licet litigantibus renuntiare ordini iudicario, quia dispar est ratio taciti, & expræßi in iudicijs, argum. c. 1.§.1. de iuram.calum.iuxta l.2.§.sed quia; C.eod.tit. Nec illud quod lex suplet reperitur parti conceßum, & communis oppinio habet his, quæ sunt de substantia iuditij nō poße à partibus renuntiari, vt testatur Mariam in c. 1; n. 21. de libelli, oblation, quod si litigantes ita conuenerint, vt iudex litem decidat præter mißo iuris ordine valebit quindem sententia in vim pacti nō in vim sententiæ.* Y assi si el pacto no la pudo hazer sentencia aquella en que hã reclamado las partes, menos aprouecharia, como aqui.

57 ¶ Hallase pro cronide deste articulo la sentencia de remate, nula por muchos caminos, como queda dicho. Lo 1. por ser cōtra derecho, l.1.§.itē cōtra sacratas, ff. quę sentētię sine apellat.rescinditur, l.nemo, C.de sentētijs, & interloqut.om.iud.l.si expreßim 19.ff.de appellat.Morl.in emp.tit.de legibus, q.15.per tot.& tit.de iurisdict.q.6.n.13.Cuiac.lib.18.obseruat.c.33.Fab.lib.12 coniect. c.14.Donel.lib.26.cap.2.& 3.asimismo es contra derecho municipal, y leyes destos Reynos, y como tal nula, Pinelus in l. 1.p.2.c.4. n.40.C.de bon.matern.Bant.de nullit.ex defectu procesus, nn. 15. nula por ser contra estilo guardado en los Tribunales de España, Felin.in c.2.de rescript.n.16.Rebuf.ad ll.Galliæ, in proœmio, glos. 5. n.113.Auend. resp. 1. Bant. vbi supr. n. 125. nula por ser contra la forma de la executoria, que mandaua se citasse al posseedor del mayorazgo de los Villaltas, cap.cum dilecta de rescriptis, vbi Felin. n. 6.Caputaquens.decis.111.n.4.p.1.& decis.250.n.4.p.3. Rota diuers.decis.12.num.10.p.2.Gratian.discept.for.cap. 739.num. 24. y asi no pudo correr la dicha execucion en forma alguna, argum. text.in l.4.§.condemnat.& in l.sicut nulla de re iudicat.docet Bart. in l.1.C.de execut.rei iud.Afflictis decis.39.n.6.Alban. cons 703. num. 3. & 766. num. 6. Gutierrez de iurament.confirmat.part.1, c.1.n.36 *vers. Quod probatur*, Riccius p.1.decis.135.n.4. Frāchis decis.400.n.5.& 6.q.2.con que constando, como cōsta, por los autos las nulidades con que la via executiua se siguiò, es cierto corre la pretension de los menores hijos de don Gonçalo Fernandez de Villalta, contra la sentencia de remate que contra el mayorazgo se diò.

ARTICVLO I. I. PARTIS.

58 ¶ En este primer articulo se funda, que la executoria,

ganada

ganada por don Francisco de Obregon, no tiene substancia alguna, respeto de las colusiones, y omissiones que huuo en la prosecucion de la causa que siguiò contra don Luys de Villalta.

59 ¶ La razon de dudar deste articulo, nace de la autoridad que el derecho dà a la cosa juzgada, cum ex ea vltimum finem litibus imponatur nec lites, super eodem iure eademque re, & inter eos inter quos cōtentio fuit iterum ad iuditium reddāt, l. Iulianus, l. singulis, l. cum quæritur, cum seqq. ff. de excep. rei iudic. l. 19. tit. 19. p. 3. quia pro veritate habetur, l. res iudicata, ff. de re iudicat. nec aduersus illam quis auditur, l. 2. C. si ex falsis Inst. Villalpand. de vniuerso iure spirituali, lib. 15. cap. 12.

60 ¶ Assimismo corre la propia razon en la de la l. 4. tit. 17. lib. 4. Recop. que parece excluye todos los medios que puede auer para dezir contra la cosa juzgada, confirmada por el año de 15 fundòsse lo vno, y lo otro en la razon del texto, en la l. 1. ff. de officio præfecti Prætoris, l. à pro consulib. ff. de apellat. l. 1. ff. à quib. apelland. non sit, y esta pare perjuyzio a los sucessores particulares, como, probarunt post alios D. Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. num. 7. Mier. de maiorat. 4. part. q. 14. n. 1. & 2. D. Castill. lib. 5. controuers. cap. 157. num. 11.

61 ¶ Esta regla padece diferentes limitaciones, de las quales no pocas, se adaptan a lo especial de nuestro pleyto. La primera, es la colusion que ay entre los litigantes, para que con esso, sententia nulla dicatur, & causa ex integro de nouo agatur, vt traditur in cap. fin. de collusion. de tegend. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 8. n. 7. altet Molin. de iustitia, & iur. tom. 3. disp. 645. num. 5. Ioan. Garcia de nobilit. glos. 40. num. 9. Otalor. de nobilit. 2. part. 3. principalis, cap. 9. à num. 1. Mier. de maiorat. 4. part. quęst. 14. à num. 75. D. Castill. dict. cap. 157. num. 6. Sesse decis. 163. num. 14. tom. 2. & tom. 1. decis. 5. num. 6. plures D. Salgado de Regia protect. 4. part. cap. 8. num. 335.

62 ¶ La segunda causa que se puede oponer contra la sentencia de reuista es la omission, y negligencia en la prosecucion de la causa, para que no le obste al sucessor, l. ex contractu, ff. de re iudicat. l. si seruus plurium, §. si quis ante, ff. de legat. 1. l. si prælusorio, ff. de apellat. l. à sentencia, §. si hæres, ff. eodem, Molin. Castill. & Salgado vt supr. plures in additionib. ad Molin. lib. 4. cap. 8. num. 7. Peregrin. de fideicom. art. 53. à num. 57. Fussar. de substitut. quæst. 622. D. Perez de Lara in comp. vitæ homin. cap. 20. n. 54. D. Valençuela cons. 90. n. 94. & cons. 60. ex num. 64.

63 ¶ La tercera causa es, por notoria injusticia, porque auiendola se puede oponer contra la sentencia, Torreblanca de magia, cap. 30. ex num. 26. Carrasc. in tractat. an habeat locum restitutio aduersum rem iudicatem, nnm. 75. idem Torreblanc. de vniuers.

uers.iur.spirit.lib.15.c.12.n.56.vsque ad 72.Escobar de purit. sanguinis,2.p.q.4.art.5.§.2.n.76.

64 ¶ La quarta causa que se puede alegar cõtra las dichas sentencias es, quod latæ fuere, ex falsis testib. aut instrumentis, ex falsa relatione ratione erroris, Mieres de maiorat.3 p.q.25.n.23. Torreblãca, & ceteri supra citati, todas estas limitaciones procuraremos adaptar a lo especial deste pleyto.

65 ¶ La primera colussion que huuo en este pleyto es vna transaccion que otorgò don Francisco de Obregon con don Baltasar de Villalta en 26.de Março del año de 16.en lo qual, apartandose aquel del pleyto, se obliga este a que si muriere sin hijos le dexarà señalados 4ʊ.ducados en el mayorazgo de los Villaltas, para el que dizen auia dexado fundado doña Maria de Cortinas la mayor, y Manuel de Cortinas, y se aporta de el derecho que tiene contra el cortijo de las Nabas de Monte frio, hipoteca de la dote que se dize diò doña Guiomar de Acuña a doña Maria de Cortinas su hija, madre del dicho don Baltasar, y con que el dicho don Francisco se apartasse del embargo que tenia hecho de 1ʊ.ducados que auia depositado Gregorio Garcia Tello, redencion de vn censo que el dicho don Baltasar dize es de la dote de su madre, doña Maria de Cortinas, mas no de los bienes que Manuel de Cortinas su abuelo, y doña Maria de Cortinas la mayor auian dexado vinculados.

66 ¶ Cierto es en el derecho que la colusion, y omission se prueua por indicios, y conjecturas, Antonius Monach.decis.Florent.17.n.15.Aymon Crauet.cons.997.num.17.Menoch.de præsumpt.lib.5.præsumpt.26. Bald. in l. 1. in fin. C. de si quis ommiss. causa titul Menoch.cons.913.num.37. Mascard. de probat. conclus.322.num.1.Abbas in cap.de his,num.8.de acusationib. por ser como es, *latens conuentio, & fraudulentus modus estendi*, glos. *verb, collussionibus*, in cap.audiuimus de collus.detegend.Menoch.cõs.174.n.17 y assi con este presupuesto se yrà haziendo põderacion de las omissiones, y colusiones que ha auido.

67 ¶ En la primera omission que queda referida, se hazen las ponderaciones siguientes. La primera, que la transacion alli mencionada, es nula por derecho, por ser sobre bienes de mayorazgo, D.Molin.de primog.lib.4.cap.9.ex num.7.Mier.de maioratib. 4. p.q.22.per tot.Gam.decis.151.Marc.Ant. Peregrin. de fideicommis.art.52.num.83. aunque aya estatuto que aprueue el hazerse, y se haga virtutæ sententiæ de iusso, consientan todos los interessados en ella, vt tenet idem Molin.dict.lib.4.cap.9.ex num.29.vsque ad 31.

68 ¶ Nada se oseruò en esta transacion, pues ni huuo cõsentimiẽto de los interessados, estatuto que le assista, decreto de juez que le obligara, pues solo pudiera valer quando tuuiera alguna

solemni-

solemnidad de derecho, ò le asistiera facultad Real que era necessaria, Caldas Pereyr. lib. 1. recept. cap. 23. nu. 117. Peregrin. vbi proximè, num. 88. & 89. Caued. decis. 2. num. 3. & decis. 77. num. 8. & 9. part. 2. Pater Molina de iust. & iur. tom. 3. disp. 597. num. 2. Ioannes Baptist. Acost. cons. 3. num. 12. Mieres de maiorat. part. 4. q. 22. n. 5. En D. Francisco de Obregon ya se halla prohibido vn acto por ley, hecho con don Baltasar de Villalta, que es la dicha transaccion. Desta se vale don Francisco en el pleyto que litigò contra el mayorazgo de los Villaltas, la sentencia lo condena en la propia cãtidad, teniendo obligacion D. Luys de oponer coutra la dicha transacciõ la dicha nulidad, por las causas citadas, no lo hizo, ni se hallarà en todo el pleyto, solo alegò, que la transaccion no auia de tener efecto, porque la dote de doña Maria de Cortinas, que era la que daua causa a el dicho pleyto estaua pagada, que fue solo la vnica alegacion q̃ con las pagas se hizo en todo el, luego claro consta la latitud que esta colusion tuuo, pues començando en dou Baltasar de Villalta, vino a acabar en don Luys, en omission tan notoria, como queda dicho.

69 ¶ Comprueuase la colusion en D. Francisco de Obregon en el consentimiento que diò, para que don Baltasar tomasse los 1U ducados que Gregorio Garcia Tello auia depositado por la redenciõ de vn censo que estaua obligado, y siendo esta vna colusiõ notoria, don Luys no la alegò en todo el pleyto, pues de alegarla era cierto se reconociera que el caudal que entrò en la dicha dote (dado que sea cierto que se niega, como abaxo se verà) fuerõ 10U. ducados, los 6U930. caudal de doña Guiomar de Acuña, dotante, cuyos bienes no estauan obligados a los de Manuel de Cortinas su marido, ni doña Maria de Cortinas, cuyos vinculos son los litigados, con que solo de la dicha dote quedan 3U y 70. ducados, y auer condenacion contra el mayorazgo de los Villaltas, no pudo exceder desta cantidad, fue la sentencia de 4U. ducados, luego tuuo omission, y sin alegacion legitima, consintiò que el dicho mayorazgo fuesse condenado en 900 y 30. ducados, que a ser cierta la dicha dote (que negamos) es agrauiado lo decretado en la sentencia, es error, pues constando por los instrumentos sobrar solo 3U y 70. ducados, fue condenado en 4U. el dicho mayorazgo.

70 ¶ Califica mas este agrauio el ser las sentencias indiuiduas, y no poder valer por parte, & pro parte non, Iass. in l. 1. §. si stipulanti, num. 9. limit. 5. ff. de iurisdict. om. iud. Gabriel cons. 56. n. 4. lib. 1. plures Puteus decis. 323. n. 1. & 2. glos. notab. in l. vltim. ff. de iurisdict. om. iud. Con que es euidente que a auerse alegado por don Luys, este defecto se reconociera la inualidacion que tenia la transaccion, y que no pudierã las sentencias corresponderle, pues es cierto fuera dado por libre, a lo menos de los 900 y 30. ducados, cõque

corre

corre con segũridad la pretension de don Gonçalo, y sus menores en la tercera suplicacion que ha interpuesto, respeto de que huuo error en ellas en dicha cãtidad, y que asi no se podrà substener en quanto a la demas cantidad.

71 ¶ La segunda omission, y colusion que tuuo don Luys de Villalta es notoria, suponiendo que por los autos es constante que doña Gniomar de Acuña deuia al patronato de doña Maria de Cortinas la mayor 500. ducados de vn censo; que de la susodicha, y de Alonso Nuñez de Madrid su marido auian tomado la dicha doña Guiomar, y Manuel de Cortinas su marido, y que este tal, como quedò vinculado con 200. ducados mas de reditos, sobre el cortijo de las Nabas de Moutefrio (posseelo don Francisco de Obregon, como descendiente de doña Leonor de Cortinas, hija de doña Guiomar de Acuña, dotante,) deuiendo alegar que si la sentencia corria en la cantidad de los 4U. ducados que saliò, era condenado el dicho mayorazgo en otros 700. ducados mas, en q̃ entran los 930. de la partida, antecedente, que se haze mencion dellas en la escritura de transacciõ referida, no lo alegò, ni opuso de compensacion contra el dicho don Francisco de Obregon, conque ay de error ya en la sentencia de 160 y 30. ducados, porque si don Francisco possèia el cortijo, hipotecado a los dichos 700. ducados, legitimamente podia dezir don Luys de Villalta, quod petis intus habes, solo alega paga sin especificacion de esta partida.

72 ¶ La tercera omission que huuo, es de notar que D. Baltasar pidiò execucion por diez mil ducados, por Agosto del año passado de 601. substanciase la via executiua con su propio curador (es nueuo modo de seguir pleyto) criase defensor, despues sale remate, y que se le diesse possession de los bienes, para que los tuuiesse, hasta hazerse pagado. Despachase requisitoria para Torre-Ximeno, con calidad, que para la paga de dichos 10U. ducados, se apreciassen bienes, y se le diesse en ellos el amparo por auto de vista; y reuista se confirma, con que se citan a los inmediatos: no se hizo tal: don Luys teniendo aqui diferentes medios para su defensa no los alega.

73 ¶ Lo primero no opuso desta executoria contra D. Frãcisco de Obregon; siendo asi que con el fue litigada, y que quando fuera vencido el dicho mayorazgo de los Villaltas auia de ser con la calidad de la primera executoria, en que se mandaua que don Baltasar fuesse pagado de los bienes apreciados, y que los tuuiesse en su poder hasta hazerse pago, por que de otra suerte era contrauenir esta vltima execuroria a la primera; quod ius ab horret, Scaccia de sententia, & re iudicat. in responso post opera, n. 13. & 86.

64 ¶ Ytem, si las sentencias mandaron que los bienes se le diessen apreciados, hasta en cantidad de 10U. ducados, y que estos los tuuiesse hasta hazerse pagado, se supone, que la misma sentencia quiso que

so que los posseyera, iure pignoris, que es lo que nota la glosa celebre, in l. à Diuo Pio, §. si pignora, *verb. addicantur*, ff. re iudicat. Petr. Surdus consf. 256. à num. 3. vbi plura de materia, Feleciano de censib. lib. 1. cap. 3. num. 10. & tom. 2. eod. lib. & cap. nu. 9. l. 1. C. si in causa iudicat. pign. capt. sit, ibi: *Res ob causam iudicati datas eius iussu cui ius iubendi fuit pignoris iure teneri*, l. 2. & 3. C. de execut. rei iudicat. l. nō est mirū, ff. pignorat. act. l. 13. tit. 13. part. 5. l. 3. C. si in caus. iudicat. pign. capt. sit, Paz in §. item Seruian. Inst. de act. num. 3. Fab. lib. 7. C. tit. 20. difinit 5. no opuso desta excepcion don Luys de Villalta, ni tampoco la cosa juzgada, que queda referida.

75 ¶ Ytem, tampoco opuso de que dichos pleytos no se siguieron cō parte legitima, pues solo consta por los autos, se siguieron con Diego de Villalta, que era curador ad bona de dicho don Baltasar, y reconociendo la Sala que todo lo hecho con el dicho Diego de Villalta era nulo, y que de los bienes que se auian vendido en virtud de la primera, y segunda execucion el dicho Diego de Villalta, y su hijo auian tomado, assi por derecho de tanto, como en virtud de apremio, hasta en cantidad 13 ꝰ. reales por sentencia de vista, y reuista, fue condenado a que restituyesse todo al dicho D. Baltasar, como consta del mem. fol.

76 ¶ Tampoco alegò, que para los aprecios de la venta de los bienes, no se citò los inmediatos, como por la dicha sentencia se mandaua, siendo assi, quod forma illarum ad vnguem debet obseruari, Decius in l. ius nostrum, num. 11. ff. de regul. iur. Menoch. cōs. 80. num. 39. & consf. 611. num. 15. Gozadinus consf. 50. num. 12. Cœpola consf. 57. Crauet. consf 188. num. 6. Alex. consf. 84. num. 13. lib. 3. & consf. 123. n. 7. lib. 4. & cōs. 108. n. 2. lib. 5. Franchis decis. 218. p. 2.

77 ¶ Tambien coludiò don Luys de Villalta, con no auer opuesto en todo este pleyto vna excepcion muy legitima, y juridica, como es, no auer alegado que el Alcalde mayor de Granada no era juez competente para las execuciones que se hizierō, respeto de que segun de los autos consta al tiempo que se despacharon los mandamientos de execucion, no auia en esta ciudad bienes algunos, todos estauan en Torre-Ximeno, alli viuia el executante, que representaua derecho de actor, y Reo, y que en la dicha villa de Torre-Ximeno, se auia de seguir dicho juyzio, ratione rei, vt in l. fin. C. vbi in rē actio, cap. fin. de for. competent. l. 32. tit. 2. part. 3. l. 2. tit. 1. lib. 2 fori, vbi glosa 1. l. 5. stilli, vbi Christoph. Menoch. remed. 3. retin. num. 316. Redoan. de reb. Ecclesijs, quæst. 41. num. 38. Surd. consf. 168. num. 11. & 54. Donell. comment. iuris, lib. 17. cap. 17. colum. 1. Barbos. in l. hæres absens, §. pende, art. de for. rat. rei sitæ, per tot. Bernard. Diaz regul. 299. Riccio in decis. aurijs. Curiæ Archiepiscop. part. 1. decis. 79 Tiraquel. de retract. lignag. §. 8. glos. 5. num. 9. & de primogenijs, quæst. 48. num. fin.

No

78 ¶ No lo hizo, con que alegarlo era cierto obtuuiera, para que no se vendiessen bienes algunos en virtud de la segunda executoria, a que saliò don Francisco de Obregon, y la facultad no se extendiò a la sumission, Salgad. labyrint. part. 2. cap. cap. 9. num. 65. ibi: *Solum tollit impedimentum supra, quod fuit concessum.*

79 ¶ Tampoco alegò, ni prouò que el dicho don Baltasar de Villalta, fue heredero de don Gonçalo Fernandez de Villalta su padre, y se mezclò en sus bienes sin hazer inuentario, con que quedaron las acciones confundidas, l. debitor 7. C. de pact. l. vt debitum 5. C. de hæreditarijs actionib. l. si debitori 51. ff. de fideiussor. l. sit quod 22. ff. liberat. legat. l. sticum 94. §. à dictio, ff. de solut. Surd. decis. 310. num. 10. Ioannes Garcia regul. 11. Menoch. cons. 89. nu. 45. l. 8. tit. 6 Craueta cons. 144. num. 5. & cons. 300. num. 7. idem Surd. decis. 92. num. 1. & cons. 7. num. 19.

80 ¶ Ytem, omitiò el alegar que la escritura dotal era iliquida, que fue la que se otorgò en 27. de Agosto, de 559. en que auiendo confessado auer recibido diferentes bienes, dize: recibi 1U. ducados en bienes muebles, los quales se han de apreciar, y que si montaren mas, ò menos, se ha de satisfazer la vna parte a la otra en virtud desta escritura se despacharon las execuciones por iliquidas no pudierō correr, Milanensis decis. 1. n. 27. & 28. lib. 2. Integriolus lib. 2. singul. 50. num. 6. & probatur extra, in l. pœcuniam quam 36. vbi DD. ff. rebus crediti si cert. petat. & in l. si seruus 14. §. bone sub repso, ff. conditione surtiua, Carleual de iuditio execut. lib. 1. tit. 3. disp. 7. num. 8. 24. & 25.

81 ¶ Con que no auiendose alegado, es notoria la colusiō, y omission que huuo en la prosecucion de la causa.

82 ¶ Assimismo no fue el contrato exequible, porque no huuo hipoteca especial en la dicha dote, y aunque la huuiera en las escrituras, no se hallara prohibicion absoluta de enagenacion, con que la via executiua no pudo correr por estar ya los bienes de el dicho mayorazgo en poder de tercero Don Baltasar era posseedor Don Gonçalo fue el que obliga los bienes de dicho mayorazgo, y contra el tercero no passa la via executiua, siue ex instrumento, sibe ex sentencia, l. 1. C. quib. res iudicata, non nocet, l. 1. §. 1. ff. litigiosis, Parlad. lib. 2 rer. quot. cap. fin. part. 4. §. 5. num. 1. Peguera decis. 7. num. 1. part. 2. Auend. de exequend. cap. 16. num. 7. Auil. Prætorum, cap. 10. num. 56. Gutierr. in l. nemò potest, à num. 387. ff. legat. 1. plures D. Salgad. de Reg. protect. 4. part. cap. 8. num. 56. Carleual de iudict. lib. 1. tit. 3. disp 11. per tot. Ni puede auer prohibicion absoluta, porque si los bienes eran de mayorazgo, y en su fundacion se auia puesto la dicha prohibicion, nihil ad rem, en la obligacion, y prohibicion que quisiesse hazer don Gonçalo.

83 ¶ Ni obstara el dezirse, que pretende don Gonçalo de Villal-

Villalta, como queda alegado en el num. que don Baltasar fue heredero de don Gonçalo su padre, & vt talis est locus euictioni, tenet l. mille 6. §. vlt. l. ex contractu 44. ff. re iudic. Azeued. in l. 1. n. 108. tit. 21. lib. 4. Recop. Cur. Philip. 2. p. §. 10. ex n. 1. Villad. in politic. c. 2. n. 58. Parlad. lib. 2. c. fin. p. 4. §. 1. art. 1. Franch. decis. 199. n. 4. plures Carleual vbi proximè disp. 9. per tot. Y que mal se compadece, que aora lo hagamos aqui tercero posseedor contra el qual faltando la clausula absoluta, non est locus execucioni, vt manet dictum.

84 ¶ Porque se responde, que si la oposicion quieren las cōtrarias que corra en don Baltasar, como heredero, no pudo cobrar nada, como tal, por no auer hecho inuentario de los bienes de su padre, si como tercero notum est de iure, que no pudo correr la via executiua.

85 ¶ No cay mal en este lugar vna alegacion que don Luis de Villalta hizo en esta Corte, siguiendo el pleyto con don Francisco de Obregon, presentando el inuentario que se hizo por fin y muerte de Gonçalo Fernandez, fundador del mayorazgo, abuelo de don Baltasar, por el qual consta auer quedado por fin, y muerte del susodicho, casas principales, viña, olibares, vna guerta, y muchos bienes muebles (Gonçalo Fernandez, padre del dicho don Baltasar, quando casò con doña Maria de Cortinas, madre del susodicho, le manda en arres 2U ducados, que dixo cabian en la dezima parte de sus bienes) escritura de 27. de Agosto de 559. auiendose alegado por don Luys que auia bienes libres, y que eran los referidos, alegò que dellos se auia de hazer el pago don Francisco de Obregon, deuiendo alegar, y verificar que dichos bienes estauan vendidos, y enagenados, que miraua a la verificacion de la narratiua de la facultad, porque esta era excepcion legitima, que miraua legitimamente a la exclusion de los dichos bienes, no lo hizo, solo alegò que estauan comprehendidos en el mayorazgo, lo contrario consta por los autos, con que vien se sigue la colusion que auia entre el dicho don Francisco, y D. Luys, pues teniendo aquel excepcion legitima, dexò de oponerla, oponiendo tan solamente la que queda referida, constando lo contrario por los autos, nulla maior causa omissionis aut collusionis dari potest, quam ommissio ligitimæ allegationis.

86 ¶ Confirmase lo referido, con que por el año passado de 1585. don Gonçalo de Villalta, padre de don Baltasar le emancipa le dà muchos bienes libres, como de la propia escritura parece, y por el año siguiente de 593. renuncia en el el mayorazgo; y declara le que dan vastantes bienes libres con que poder passar, y vn oficio de Regimiento en la villa de Torre-Ximeno. El año de 95. por Febrero, muertos ya don Gonçalo, y doña Maria de Cortinas su muger, executa don Baltasar, por dezir que no auia bienes libres, sin verificar la confession de pedimiento que hizo, que era necessario primero prouarlo,

uarlo;la duda suscitò Decio en el cons.519.n.7.y la feneciò Cancerio variar.aliquib.relatis variar.lib.1.c.9.n.174.ibi: *Contrariam partem, quod onus probandi, non extare bona libera incumbat mulieri*, tradit Stephan.Bretand.cons.161.n.26.lib.3.Crauet.cons.77.n.4. Belon. cons.83 n.7.Corneus cons.3.n.3.lib.3.Paul.Paris.cons. 119.n.5. lib.1.hanc sententiam veram esse testatur, Molin. de primog. lib. 4.c.7.n.34.y assi respeto de que por la facultad se mandò se hipotecassen los bienes del mayorazgo a la seguridad de la dicha dote, y se cobrasse dellos no auiendo bienes libres, era precisso el que la calidad de no auerlos se auia de verificar, tanquam qualitas necessario existens, para el Principe conceder la facultad, y como tal deuebat prius probari, tanquam fundamentum intentionis, glos. *verb. recepta*, in l.si verò, §.qui pro rei qualitate, ff. qui satisdare cogantur, Couarr.lib.2.variar.c.6.n.2.Menoch.cons.301.n.10.Gut. de iurament.confirmat.1.p.c.1.n.22.& practic.lib.5.q.40.n.5.y no prouandose la calidad, de què no auia bienes libres, fue visto faltar a la intencion que el Principe tuuo de conceder facultad, y en este caso queda la disposiciō, entonces sub dispositione iuris communis, Paulo Paris. cons. 1.n.76.lib.1.& cons.3.n.59.lib.4.Gabriel commun.tit.de clausul.concl.1.n.56.& concl. 2.n.18. Gom. in regul. de impetrat.beneficij probitum familiæ, q.7.n.4.y assi en este caso quedaremos debaxo de la disposicion de la fundacion del mayorazgo que prohibiò la enagenacion, respeto de que no se verificò la calidad de la facultad, siendo el requisito principal el auerse verificado no auer bienes libres, Auendañ. de censib.c.63.n.12. & 13. Leon decis.171.p.2.per tot.præsertim, n.4. Censio de censib.p. 1. c. 2. q. 1. art. 6. num. 13. pag. 31. Cancer.variar.lib.1.cap.9.num. 174. vers. 1.

87 ¶ Por la facultad hallamos dispuesto lo siguiente. *Obligando primero los bienes libres que tuuiere, y si no bastaren pueda obligar para la paga de las dichas arras, y de lo que de la dicha dote tenia recebido, y recibiesse los bienes del dicho mayorazgo por la parte que demas de los bienes libres fuesse menester, y en defeto de no tener bienes libres por todas las dichas vrras, &c.* bien se reconoce lo riguroso de las palabras de la dicha facultad, pues todas son condicionales, ibi: *Obligando primero*, que son de ablatiuo absoluto, denotantes condicionem, l.euitis, ff. euict. l. à testare 108.ff.condict.& demonstrat. Surd. cons. 236.n. 3. Decius cons.383.n 3.decis.Pedamont.165.n.12.Roland.cons.20.n. 15.& cōs.63.n.38.Surd.decis.268.n.11. Tiraq. plures referens de retract.conuent.§.2.glos.1.n.3.& seqq.

88 ¶ Ytem, *si no bastaren pueda obligar para la paga los bienes del dicho mayorazgo*. Lo mismo denota la dicion, si ad iunta, *verb. futuri*, ibi: *Si no bastaren*, l.quibus, §.quidam Titio, ff.condit.& demōstrat.l.quis, ff.verb.obligat.Bart.in l.1.n.2.& 3.ff.condit.& demōs-

 trat.

trat. Paz in l. extraneum, n. 4. ff. hæred. instit. Oldrald. conſ. 242. n. 7. *verſ. Sed ad hoc inſtatur*, Alex. conſ. 127. lib. 7. Bald. conſ. 150. n. 7. *verſ. Reſtat*, lib. 5.

89 ¶ Ytem, *y en defeto de no tener bienes libres*, hæc eſt vera diſpoſitio conditionalis, quia quoties diſpoſitio concipitur in fructurum inducit conditionem, l. ſi decem cum petiero 48. ff. verb. obligat. cum vulg.

90 ¶ Tandem, mirò el Principe en la dicha facultad dos tiempos, que ſon, el de la obligacion, y el de la reſtitucion de la dote, y coligeſſe lo vno, y lo otro de las palabras, ibi: *Obligando primero.* Eſtas manifieſtan el principio de la obligacion, & ibi: *Obligar para la paga*, eſſotras miran la reſolucion del acto, y reſtitucion de la dote. No ſe hallarà en todo eſte pleyto, q̃ ni en el tiempo de hazer la obligaciõ, i en el de la paga de la dicha dote ſe verificaſſe la narratiua de la facultad, ajuſtando don Gonçalo, como no viò no tenerlos don Baltaſar; como acreedor que dixo era que no auia bienes libres, para que en vn caſo pudieſſe correr la hipoteca (como abaxo fundaremos que no la huuo.) El otro, que no los auia al tiempo de la paga, que fue quando don Baltaſar tratò de cobrar, conſtando lo contrario por los autos, como luego ſe verà, con que aſsimiſmo ſe reconoce la omiſsion qúe huuo entre todos los litigantes, omitiendo eſta excepciõ, que alegada era fuerça ſuſpendiera el curſo de las cobranças qne ſe pretendian hazer, y ſe hizieron, tam prætermiſſo iuris ordine.

91 ¶ Gonçalo Fernandez de Villalta ſucede en el mayorazgo de los Villaltas el año de 554. que fue el año que muriò ſu padre, y fundador en 12. de Iunio del dicho año, ſe haze inuentario de ſus bienes libres, que ſegun el importan mucha ſuma de marauediſes, por contenerſe en el hazas, caſas, viñas, oliuares, huerta, muebles, pieças de plata, oro, aderezos de entrambas ſillas, quatro cauallos, vna haca, dos azemilas, moneda de oro, y plata, caſſaſe por Agoſto de 59. no conſta que huuieſſe diſpueſto de los bienes rayzes en forma alguna, con que atendiendo al principio de la obligacion, pues deſde la muerte de ſu padre, haſta el dia del caſamiento, no conſta huuieſſe vendido bienes algunos, es fuerça crreer, quod bona, que auia al tiempo que el fundador muriò, adhuc extant, quia ſemper præſumitur, quod in meo poſſe, ſemel ſint illud, quod antea erat, D. Salg. in labyrint. p. 1. c. 29. n. 26. Afflictis deciſ. 13. n. 1. in fin. l. ſi creditor, C. pignorat. act. l. nõ ignorabit, C. ad exhibendum notatur, in c. cum ad ſedem de reſt. ſpoliat.

92 ¶ Y ſiendo como eran obligados en primer lugar los bienes libres, deuia preceder excucion contra ellos, la qual no cõſta ſe hibieſſe, ſiendo aſsi que la facultad expreſſamente mandò, que no auiendo bienes libres, entonces ſe recorrieſſe cõtra los vinculados, como de la dħa facultad cõſta ibi: *Obligãdo primero los bienes libres*

que tuuiesse, y si no bastaren pudiesse obligar los bienes del dicho mayorazgo. Concuerda esta razon de la facultad con la l. 2. C. de pignorib. en quanto manda que se haga primero excusion contra los bienes, especialmente obligados, que es lo mesmo que en nuestro caso, adõ de la facultad manda, que primero se cobre de los bienes libres, y a falta de los vinculados, Roman. cons. 187. Corneus cons. 246. column. 2. lib. 1. Bald. in c. 2. de offic. legat. Crauet. sing. 53. decis. Pedamont. 157. in princ. Couarruv. lib. 5. var. c. 18. in princ. Crauetta cons. 594. n. 5. Paul. Paris. cons. 58. n. 38. lib. 1.

93 ¶ Ni puede obstar alo referido la respuesta que el señor Presidente Couarruvias dà en el lugar citado, de que el dicho texto procede quando concurren diferentes acreedores con hipoteca especial, y general, que entonces es fuerça que se aya de hazer excusion in hipoteca speciali, y que respeto de que en este caso no auia mas de vn acreedor que era don Francisco de Obregon, no se deuia hazer excusion en los bienes, specialiter obligatis, que eran los libres.

94 ¶ A que se responde, que en este caso milita diferente razon, que es auerse mandado por la facultad que primero se page de los bienes libres, con lo qual mientras no se hiziere la excusion contra ellos, no podrà recurrirse a los bienes, ad quo facit, l. pignoris, C. de pignerat. action. ibi: *Nec creditor circa conuentionem, vel præsidialem iussionem debiti causa debitoris arbitrio suo auferre*, supone el texto que huuo cõuencion particular, deque el acreedor cobrasse de ciertos bienes del deudor, el qual tenia otros, y dize que no puede, creditoris arbitrio, proceder, y cobrar, si no contra los conuencionados.

95 ¶ La l. 2. referida acredita esta razon, ibi: *Quod si certum est posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt vniuersum erigere debitum.* Pues solo dà facultad para recurrir contra los bienes, generaliter obligatis, si no es, in subsidium, auiendo pues en este caso la facultad que queda mencionada, que manda que se page de los bienes del mayorazgo, no auiendo libres està mas en el caso de la l. pignoris, C. de pignorat. act. para que primero se deua recurrir contra los bienes libres, tanquam per pactum expræssum obligatis, y assi auiendose faltado por parte de don Baltasar en hazer, a lo menos, si quiera, quando no excusion, inuentario, y diligencia, para q̃ constasse no auia bienes libres, parece no pudo correr en forma alguna la via executiua, y los fraudes, y colusiones se han conocido con euidencia.

96 ¶ Y aunque por la facultad no estuuiera dado forma, de que en defeto de auer bienes se recurriesse a los del mayorazgo, aun en este caso se auia de recurrir primero contra los bienes libres haziendo excusion contra ellos por la razon del texto en la auten

tica

tica res quæ, C. commun. de legat. en las palabras, ibi: *Sed si portio liberis legitima non sufficit*, como expressamente lo tiene, & pro regula lo pone D. Molin. de primog. lib. 4. c. 3. nu. 5. & c. 7. in princ. Franchis decis. 519. vbi additio Amendo l. vter quæ, nu. 3. Peregrin. de fideicom. art. 42. lib. 1. n. 1. & 30. Mart. vot. 4. n. 1. Surd. decis. 62. n. 4. Seraphin. decis. 368. Milanens. decis. 7. n. 58. lib. 1. Manent. decis. 78. n. 5. Viuius decis. 18. nu. 27. lib. 1. Fontanel. de pact. tom. 1. claus. 4. glos. 10. p. 2 n. 30. & tom. 2. claus. 5. glos. 1. p. 2. n. 9. & 110. Giurb. ad consuet. mesanes. p. 1. c. 1. glos. 2. n. 106. Cancer. var. lib. 1. c. 9. n. 173. Authent. de restitut. & ea quę parit, §. si verò, ibi: *Aliã non abens substantiam*, Amadeus de Apont. in tit. qui fœudum dare poss. post quæst. laudem. n. 30.

97 ¶ Noguerol en la alegacion 40. n. 39. dize estas palabras, que parece califican la justicia de los menores hijos de Don Gonçalo, ibi: *Et est oppinio praxi receptissima, quod siuè agatur de dote restituenda, siuè constituenda, prius semper excusio in bonis liberis facienda est, & eis exstantibus non possunt alienari, nec apræhendi vinculata*, vt pluribus relat. traddit. Giurb. decis 31. n. 20. & ad consuet. mesanẽs. c. 3. glos. 1 n. 10. Costa Silueus in cons. 89. n. 5. & 6. lib. 1. Merlin. de legitim. lib. 2. tit. 1. q. 9. n. 6. Fontan. de pact. nupt. tit. 2. claus. 5. glos. 1. p. 2. n. 9. pag. 29. Ramon. cons. 1. n. 52. Fussar. de substitut. q. 531. n. 121 Manent. decis. 28. n. 4. & 5. & plurib. relat. Ferrer in constitut. hac nostra 4. temp. declarat. 6. n. 78. 86. & 87. pag. 571. Mart. in sum. de success. legal 4. p. q. 21. art. 10. n. 6. pag 379. & art. 17. num. 79. 80. & 81. pag. 444. y otros que refiere.

98 ¶ No es dudable, siguiendo los fundamentos que tray el propio Noguerol, que la facultad considerò los bienes de este mayorazgo, como fiadores de la dote, siendo los que en ella se recibian, y los libres de don Gonçalo, los principalmente obligados, y que no se podia recurrir contra ellos, si no despues de fecha excusion, assi en los dotales, como en los libres, vt colligitur ex D. Molin. de ptimogent. lib. 4. c. 7. per tot. & in specie hoc notat Rodrig. de ann. reddit. lib. 2. q. 19. n. 15. *vers. Primo quia*, & n. 16. ad fin. nada de esto alegò don Luys ẽn la causa que contra el siguiò el dicho don Francisco de Obregon, con que habemus intentum.

99 ¶ Tampoco alegò que la dote fue confessada, porque siendo la dote confessada no corre via executiua, ni ordinaria contra el sucessor particular, vt tenet Mier. de maiorat. 2. p. q. 2. nu. 30. relato à Noguerol d. allegat. 40. n. 8. in specie tenet Peregrin. de fideicomm. art. 42. n. 83. Cancer. var. 1. p c. 9. n. 182. vbi citat Roland. cons. 85. num. 26. & 31. lib. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 190. n. 50. Palac. Rub. in Rubr. §. 15. & ita iudicatum refert ipse Cancer. loco citat. que fuesse confessa, consta por las escrituras siguientes. La primera, en 27. de Agosto de 559. La segunda,

en

en 27. de Setiembre del dicho año, que son las que solas se hallan en todo el pleyto, con confession de recepto, sin otra cosa.

100 ¶ Ytem, el dicho don Luys no opuso en este pleyto, exceptio rei non traditæ, que aunque era passado el tiempo de el bienio, para poderla oponer segũ derecho, vt in l. in cõtractibus, C. de non numer. pecun. Acost. in l. si ex cautione, c. 2. Cald. Pereyra forens. lib. 1. q. 22. n. 23. D. Gregor. in l. 9 tit. 5. p. 5. q. 1. de iure nostri Regni docet inter duos menses deberi opponi. Con todo passado el bienio el que opone la excepcion rei non traditæ, si se ofrece a prouar es admitido, in expresso ita tenet Ant. Gom. tom. 2. var. c. 6. n. 6. *vers. Item quæro*, porque como la excepcion non numeratæ pecuniæ transfundit onus probandi intra dente, passado el dicho termino, transfunde la carga de prouar en el, recipiente, puede oponer la dicha excepcion, para lo qual pondera el propio Ant. Gom. en el lugar citado la l. generaliter, C. eodem, y lo mismo consta de la l. in cõtractibus, §. in omni, eodem tit. Raphael Fulgos. in l. si sub specie, n. fin. C. de postuland. Castrens. cons. 233. nn. 3. lib. 2. Alex. cons. 148. col. penult. lib. 2. Socin. in l 2. §. fin. n. 8. ff. exceptionib. & cons. 68 n. 4. lib. 4. y assi no auiendo don Luys opuesto desta excepcion, corre ser notoria la omission, y colusion con que procediò en la defensa deste pleyto, y por no cansar se podrà ver con cuydado lo que en otro caso semejante disputò Noguer. en la alegaciõ 40. citada de otra facultad ganada, para que en defeto de no auer bienes libres se deua reeurrir contra los vinculados, considerando por omission, y colusion diferentes conjecturas adaptables, todas a lo especial de nuestro caso, que con las referidas acreditan bien la seguridad con que se procede en esta causa por parte de D. Gonçalo de Villalta, y sus menores, cõ que la executoria en virtud de que se procediò no fue legitima, ni juridica.

** ARTICVLO II. **

101 EN este nos toca ajustar que no huuo mayorazgo de doña Maria de Cortinas, ni de Manuel de Cortinas su sobrino, con que à maioritate rationis, se ajustara que las sentencias de vista, y reuista no pueden subsistir, y dado que huuiera mayorazgo en la parte, y bienes que pudo auerle, està legitimamente pagado, y mucho mas de lo que pudo montar.

102 ¶ Por escritura de transaccion, otorgada por el año de 544. entre doña Guiomar de Acuña, dotante, y Francisco Nuñez de Madrid, hermano, y heredero de Alõso Nuñez de Madrid, marido de doña Maria de Cortinas (aquella que por el año de 538. por su testamenro funda vna memoria de 50U. marauedis de renta a fauor de Manuel de Cortinas) marido de doña Guiomar de Acu-

ña, y sus hijos, al qual asimesmo dexò por heredero del remaniente de sus bienes, con que los posseyera vinculados (aduiertese, que el patronato no tiene que ver con esta disposicion, por ser cosa separada, porque solo el litigiò es sobre el remaniente de sus bienes para vincularlos) por la duda que pudo auer, si auia bienes, ò no, se conciertan los dos, en que doña Guiomar se contente para si y sus hijos sucessores en dicho asserto vinculo, con 2U. ducados que auian de quedar vinculados, que se pagan en la forma siguiente.

103 ¶ Quinientos ducados en vn censo que el mismo Francisco Nuñez de Madrid auia dado al dicho Manuel de Cortinas, y Doña Guiomar de Acuña su muger, con quien litigaua, impuesto sobre vn cortijo que posseian en la juridicion de Granada en las Nauas de Monte frio, y 200. ducados que de los reditos del se deuian, con calidad, que mientras no se diesse por los dichos Manuel de Cortinas, y su muger vna possession valiosa que quedasse obligada al dicho vinculo, lo estuuiesse el dicho cortijo en la cantidad de los dichos 700. ducados, ya tenemos para el vinculo q̃ del remaniente de sus bienes mandò fundar doña Maria de Cortinas la mayor a Manuel de Cortinas su sobrino, heredero, y sucessor en el dicho vinculo 700. ducados, con hipoteca especial del cortijo de las Nauas de Montefrio.

104 ¶ La segunda partida de bienes que auia de dar el dicho Francisco Noñez eran 300. ducados empleados en possessiones, y censos dentro de dos años, y otros mil ducados, se obligò a pagarlos en 16. años, y con estas dos partidas se cumplian los 2U. ducados que auia de dar el susodicho para el vinculo que mandò fundar doña Maria de Cortinas, no cõsta, ni se hallarà por todo el pleyto, què estas dos vltimas partidas se diessen, ni cobrassen, y consta por la escritura de capitulaciones, fechas ante doña Guiomar, y Gõçalo Fernandez, con que le cede el derecho de los 1300. ducados que importauan estas dos partidas, por no auerlas la susodicho cobrado desde el dia de la transaccion que fue el año de 1544. hasta el dia de las dichas capitulaciones, que fue, año de 1559. 15. años despues, con que no pudo en ellas auer vinculo, ni tener lugar la hipoteca del mayorazgo de los Villaltas, a la seguridad de la dote de doña Maria de Cortinas la menor, pues ni se pagò, ni cobrò.

105 ¶ Por las capitulaciones matrimoniales se hallan tres especies de bienes, dados en dote a doña Maria de Cortinas la menor, que fueron 10U. ducados, como queda referido, los 6930. ducados, caudal propio de doña Guiomar, dotante, los 1300. ducados que restaua deuiendo Francisco Nuñez de Madrid, como se notò en el num. antecedente, y 170. ducados, que los 300. de la parte de mil auian rentado, y los 1500. con que se cumplian los dichos 10U. ducados de bienes de su parte Manuel de Cortinas, y su abuela de

doña

doña Maria Cortinas la menor, con declaracion, que aunque Manuel de Cortinas su padre la auia mejorado la mejora, no valiò, por que no huuo bienes, esto consta de las escrituras que dan motiuo a este pleyto, desuerte, que por la primera de el año de 1544. ay solo 700. ducados, impuestos sobre el cortijo de las Nauas, este lo possee don Iuau de Obregon, y por esta vltima, que es del año 1559. es el debito de los 1300. que se auia de cobrar de Francisco Nuñez de Madrid, y los 1500. legitima de la abuela de doña Maria Cortinas la menor, y dotada.

107 ¶ Discurriẽdo pues por las partidas referidas se ajustarà la validacion que pudo tener dicho mayorazgo de doña Maria de Cortinas la mayor, ni la mejora qne en la susodicha hizo su padre Manuel de Cortinas.

108 ¶ No es dudable que ay liquidos de la mejora de doña Maria de Cortinas 700. ducados que diò en el censo contra doña Guiomar de Acuña, y Francisco Nuñez de Madrid, y ella obligada con hipoteca especial del cortijo de las Nabas, mencionado, y todos sus bienes, con que por dos medios podremos assegurar la validacion desta partida, y que en ella es fuerça aya mayorazgo, si es que se fundò. El primero es, que doña Maria de Cortinas la menor, y doña Leonor de Cortinas, hermanas, segun consta de los autos fueron herederas de Manuel de Cortinas, y doña Guiomar de Acuña sus padres, estas son las obligadas a la seguridad, y euiccion del dicho censo de 500. ducados, y sus reditos, que importarõ 200. & vt tales hæredes tenentur, vt est notatum de iure.

109 ¶ A los quales auia dado el dicho censo Frãcisco Nuñez de Madrid, con que en esta parte ya tenemos habilitadas estas dos herederas a la paga destos 700. ducados.

110 ¶ Esta parte se diò en dote a doña Maria de Cortinas la menor, por su madre D. Guiomar, de quien la susodicha fue heredera, D. Baltasar fue el hijo vnico, naciò deste matrimonio, el q̃ pidiò la execuciõ cõtra los bienes de su propio mayorazgo, como heredero dela dicha su madre, conq̃ si esta partida es vinculada, ò se deue diuidir entre las dos hermanas, como herederos de sus padres Manuel de Cortinas, y D. Guiomar de Acuña. De la vna desciende don Francisco de Obregon, qui tenetur per portione, de la otra D. Baltasar, a quien toca la paga de la otra, conque este no pudo recurrir en quanto a esta cantidad de su porcion, contra los bienes del mayorazgo que posseìa de los Villaltas.

111 ¶ El segundo medio es, que la hipoteca de los 700. ducados es el cortijo de las Nabas de Montefrio, que possee don Iuan de Obregon,, y posseìa por cabeça de doña Leonor de Cortinas, hija, y heredera de doña Guiomar principal obligada, con que dado que sea cierto el auer vinculo de los bienes de doña Maria de

Corti-

Cortinas la mayor, si se cobra de los herederos de los primeros gra uados, no pudo don Francisco de Obregon cobrar nada, assi por to carle el pagar la mitad, como vno de dos herederos, como porque possee la hipoteca especial de el mismo censo, como bienes libres que fueron de doña Guiomar de Acuña, primera obligada.

112 ¶ De lo dicho se infiere no valer la hipoteca en quan to a esta partida que se hizo de los bienes del mayorazgo de los Villaltas, pues auia, y ay hipoteca especial, contra la qual se deuia hazer primero la excusion, como queda dicho, y prouado, supra numer.

113 ¶ Pues los bienes del mayorazgo solo estauan obligados in subsidium, como parece de las palabras de la facultad, ibi: *Obligando primero los bienes libres*. Con que en esta parte las sentencias de vista, y reuista, que condenaron al mayorazgo de los Villaltas parece no poder correr.

114 ¶ Lo primero, porque demas de las calidades de la l. an eadem, ff. de except. rei iudicat. & seqq. para que pudiera tener subsistencia la cosa juzgada, era necessario, quod ex sententia necessario inferatur de eo fuisse indiuidualiter iudicatum super quo lis esse debet.

115 ¶ Lo segundo, quod non alia ratione domini, iudices iudicarent, original es esta dotrina de Bartul. in l. Iulianus verũ debitorem, num. 4. ff. condit. in delict. Cephal. cons. 77. num. 5. inter ciuilia Decius cons. 445. à num. 38. Curtius Iunior cons. 74. n. 11. Socin. Iun. cons. 182. n. 31. lib. 2. Surd. cons. 312. à n. 1. 2. & 3.

116 ¶ En el pleyto que siguiò don Francisco de Obregon contra don Baltasar, y don Luys de Villalta no se alegò que no huuo mayorazgo de doña Maria de Cortinas, declarando las possessiones que para el diò Francisco Nuñez de Madrid, por la transaccion del año de 544. como aora se ha declarado, conque era fuerça se reconociera que los mesmos que pedian eran los obligados, y no podian pedir lo que ellos mesmos deuian pagar, como queda dicho, y en esta parte no auerse determinado sobre esta partida de los 700. ducados, cuya hipoteca es el cortijo de las Nabas, que auerse deducido, se mandara que por ella se recurriera contra la hipoteca especial por virtud de la facultad. Dado que Don Francisco, como heredero de doña Leonor de Cortinas, que esta lo fue de doña Guiomar su madre, no estuuiera obligado a pagar, porque dar en el confundidas las acciones, vt de iure notum est, cõ que non fuit de hac re indiuidualiter iudicatũ, y es cierto, quod aliter esset iudicandum.

117 ¶ Tambien se deue notar en quanto a esta cantidad pues oy està viua la hipoteca, no lo seran los bienes del mayorazgo por ser susidiarios.

La

118 ¶ La ſegunda partida que auia de vincularſe eran 1300.los 300.que FranciſcoNuñez de Madrid auia de dar en poſſeſsiones,y otros mil,pagados en 16.años; no ay en todo el pleyto inſtrumento, ni razon por donde conſte que eſtas partidas las pagaſſe Fanciſco Nuñez, antes eſtando obligado a pagarlas por el año de 544. quando ſe caſa doña Maria de Cortinas; año de 559. 15.años deſpues no ſe auia cobrado nada, con que eſtos 2U. ducados, que fue el reſiduo de los bienes de Doña Maria de Cortinas la mayor, que por dicha rranſaccion diò Franciſco Nuñez, no ſe hallan mas que los 700. con la hipoteca mencionada, y lo demas euaniſcit,y en conſequencia la hipoteca del mayorazgo,ob defectum bonorum,cum non entis nullæ ſint qualitates, y en eſpecie q̃ faltãdo la obligacion; ceſſe la cauſa de la hipoteca,tenet Bald. in l.2.C.de reſcindend.vendit.nu.13. motus ext.in l.ſi domus, §.ſi fundus,ff.legat.1.Niguſant.de pign.2.membr.5.p.n.44. & 45.vbi citat Salicet. Alex. & alios.

119 ¶ Baſtantemente queda ajuſtado que en quanto a lo diſpueſto por doña Maria de Cortinas la mayor, no ſe hallan mas que los 200.ducados mencionados,y no otra coſa, y que eſtos tienen ſu hipoteca eſpecial,dõde cobrarſe,reſta ajuſtar enquanto a los bienes que Manuel de Cortinas,primero llamado,y el que aſsimiſmo vinculò ſu tercio en cabeça de D.Maria de Cortinas ſu hija, ſi huuo bienes de q̃ fundarſe ſegũ los autos conſta no valiò la mejora en coſa alguna,reſpeto de no auer bienes en q̃ caer, y cõſta de la eſcritura,otorgada en 13.de Agoſto de 559.en la qual auiẽdoſe capitulado Gõçalo Fernãdez de Villalta cõ D.Maria de Cortinas la menor entre los bienes q̃ ſe le prometẽ,*ſon 1500.ducados q̃ ha de auer la dicha D.Maria de Cortinas,por la herẽcia de ſu abuela,y aun que fue mejorada por Manuel de Cortinas ſu padre en las caſas principales,y Regimiento de la Ciudad de Malaga el oficio ſe perdiò,y la mejora no valiò coſa alguna,* (eſtas ſon palabras de la clauſula de la dicha eſcritura.)

120 ¶ Por dos medios pretende don Franciſco de Obregon derecho de hipoteca contra los bienes del mayorazgo de los Villaltas. El primero fue por los 2U. ducados de la tranſaccion que hizo Franciſco Nuñez de Madrid,como queda referido en los numeros antecedentes deſte articulo. El ſegundo es,po dezir, que los bienes que quedaron por ſin,y muerte de Manuel de Cortinas en el tercio,y remaniente de quinto,eran vinculados por auer mejorado el ſuſodicho a doña Maria de Cortinas ſu hija en ello, y que reſpeto de que don Baltaſar,hijo de la dicha doña Maria,y de Gonçalo Fernandez de Villalta,muriò ſin hijos,la mejora mencionada auia de reſtituyrſe a los deſcendientes de doña Leonor de Cortinas, de quien deſciende don Franciſco de Obregon,por no poder paſſar la dicha mejora,ſiendo de tercio y quinto a los tranſverſales de los

Villaltas, por no auer descendientes de ellos, y de doña Maria de Cortinas, mejorada, fundado en la razon de la l. 27. de Toro.

121 ¶ El derecho no es malo si huuiera bienes sobre que cayera la dicha mejora, pues por el mismo instrumento por donde pretende tener derecho a la dicha mejora, que son las capitulaciones, por el mismo consta que las dos possessiones, sobre que cayò, que fueron las casas principales, y Regimiento de Malaga, no se dieron a la dicha doña Maria de Cortinas, y que por esso no valiò la mejora, con que claramente se reconoce no auer accion ninguna q̃ se pueda intentar contra el mayorazgo de los Villaltas, porque si no huuo la mejora, que era la que podia tener Don Francisco de Obregon, no pudo intentar derecho alguno, cum non emptis, & non aparentis idem sit iudicium, l. duo sunt Titij, ff. de testam. tut. l. inil. 77. ff. de contrahend. empt. Surd. decis. 149. nu. 2. & decis. 306. n. 13. & cons. 245. n. 13. & cons. 375. n. 23. Ioann. Ant. Mang. de imptat. q. 82 n. 8.

122 ¶ Que importa que Manuel de Cortinas mejorasse a su hija en tercio y quinto si no huuo de que, l. 1. §. nihil, ff. de inofficios. testament. no se dize hazer aquello que no tiene efeto, l. si quis sub condit. ff. de test. tutel. l. ex consensu, §. 1. ff. de appell. Surdus cons. 3. n. 29. & n. 245. n. 14. & 359. n. 10. & 389. n. 46. dar, y no tener q̃ induze repugnãcia, l. traditio de acquirẽd. rer. dom. porq̃ nadie dà lo q̃ tiene, Cancer. var. 1. p. c. 1. n. 208. Rob. de represent lib. 2. c. 16. n. 72. no da el testador mas de lo que dexa, dixo Immol. en el cons. 8. n. 6. & cons. 40. per tot. Roland. à Valle cons. 46. n. 52. lib. 3. con lo qual si por el instrumento por donde pretenden obligarnos se haze mencion de la mejora, y consta no auerse entregado, ni dado bienes, la disposicion no podrà tener efeto alguno aunque Manuel de Cortinas sucediesse en la mejora de sus bienes, no se le dan, ni los ay, no parece conueniente, ni ajustado a razon que el mayorazgo de los Villaltas, que se hipotecò a la seguridad de la dote de doña Maria de Cortinas, lo aya de estar, y estè a la restitucion de la dicha mejora, porque cessando la causa de la entrega, cessa la causa de la restitucion de la cosa, prout in feudo dixit Ioann. de Annan. cons. 7. n. 6. *vers. Secundo probatur*, Tusch. lit. C. concl. 202. n. 32. con que clare patet, no tener fundamento lo que se pretende por don Francisco de Obregon en quanto a la dicha mejora, y que las sentencia de vista, y reuista, que en quanto a esta porcion se dieron no poder obrar efecto alguno de cosa juzgada, por caer sobre derecho que no auia, y ser error de hecho el que diò causa a la cosa juzgada de que se vale don Francisco de Obregon, dandosele aquello que no podia pedir, cum error facti rem iudicatam non producat, & eã reddat nullam, l. 2. C. quando prouocare non est necesse, l. 19. *vers. Otrosi dezimos*, el 1. tit. 22. p. 3. Alex. cons. 75. n. 4. lib. 5. Dec. in c. quo

niam

niã contra, n.35.de probat. Menoch. lib. 1. de præsumpt. præsumpt. 67.n.50. Gratian. reg. 417.

123 ¶ Y si el orror de la calculaciõ, opuesto contra la cosa juzgada le haze suspẽder sus efectos, respectu orroris, segun refiere Carrasc. en el tratado que escriuiò, an restitutio locum habeat, cõtra sententiam reuisionis, n.103. con mayor razon deue correr la suspension de la cosa juzgada en este caso a donde fuera el sujeto en que pueda obrar que es la mejora que hizo Manuel de Cortinas de que no se halla, vestigium aliquod, para que se deua.

124 ¶ Resta ajustar la partida de los 1500. ducados que por las dichas capitulaciones se insinua auer recibido la dicha doña Maria de Cortinas por bienes de su abuela por todo el pleyto, no se halla que la abuela de la dicha doña Maria de Cortinas dexasse a la susodicha la cantidad referida, titulo fideicommissi, con que venimos a estar en la disposicion del derecho, quod omnia bona præsumuntur allodialia, Surd. consil. 251. nu. 23. & consil. 311. n. 6. y siendo bienes de legitima, como consta por la propia escritura no se pueden grauar, vt vulgariter notum est, ex l. quoniam in priorib. & l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testa. Tauriste in l. 27. Tauri, Con que de lo dicho se reconoce no auer bienes de que pudiesse seguirse la fundacion que mandò hazer doña Maria de Cortinas, mas que en cantidad de 700. ducados, como queda referido con la hipoteca del Cortijo de Monte frio.

125 ¶ Ni tampoco le pudo auer en los bienes, y mejora de Manuel de Cortinas, respeto de no auer el susodicho dexado bienes para la dicha fundacion, con que por todos medios queda desvanecido el derecho que la cosa juzgada diò a don Francisco de Obregon, pues en virtud della no se podia cobrar cosa alguna por falta de bienes que motiuassen la hipoteca, para que el mayorazgo de los Villaltas pudiesse ser conuenido a la restitucion de los 4U. ducados en que fue conuenido.

126 ¶ Ni obsta la transaccion que por el año de 16. otorgò don Baltasar de Villalta cõ don Francisco de Obregon, en que se obliga a pagarle 4U. ducados de los bienes del dicho su mayorazgo de los Villaltas, que fue a lo que parece miraron las sentencias de vista, y reuista, porque considerados los defetos de la dicha transaccion, y lesion que en ella huuo, no puede subsistir la cosa juzgada que sobre ella cayò.

127 ¶ Lo primero, porque segun queda ajustado no huuo bienes de que poder hazer dicho mayorazgo, mas que en cantidad de los dichos 700. ducados, en las transacciones tambien a lugar la lesion, respectu dubij litis euentus, Pinel. in l. 2. p. 1. c. 4. n. 12. C. de rescind. vendit. Gamm. decis. 10. & 100 n. 15. Velasc. consult. 18. n. 8. Cald. in l. si curatorem, *verb. læsis*, n. 153. *vers. Nec mouere*,

P. Molin.

r.Molin.de iust.& iur.disp'556.n.20.Reuell.de obligat.iustit.2.p. lib.9.q.4.sess.2.n.13.Gratian.de expens.c.18.n.26.Azeued. in l.4. n.133.tit.21.lib.4. que huuiesse lesion, patet primo, porque si por los autos consta ser solo lo deuido, dado que huuiera hipoteca 700.ducados, y se dieron 4U700.los 4U.que fue los que cobrò don Francisco de Obregon, y los 700. que estauan sobre el cortijo de las Nabas, que se remitieron segun parece por la dicha escritura, cõ que la lesion respectu quantitatis, es euidente: solo ajustaremos si la ay tambien respectu dubij litis euentus, el qual se puede estimar, vt cum Bart.in l.si quis cum aliter, ff. de verb. obligat. n. 5. tenent ibi scriuentes Pinel vbi proximè, n.15. Angel. & Immol.in l. 2. C. de rescind.vter que, n.4. Roman.n.24.ita iudicatum, refert Alvar. Valasc. consul. 18.n.8.

128 ¶ *Sanè si in modice læsa est, non de dolo, propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est*, dixo el Emperador en la l. superstite, C de dolo, iuncta glos.in c.1.de in integr.restitut. vbi docetur læsionem enormissimam, cõtra omnem contractum, etiam iuratum, admitendam fore, en especial contra la transaccion, Gut. lib.2.pract.q.141.& de iurament.p.3.c.2.n.24.Montan. de tutell. c.33.n.301.Mar.in emp.iur p.1.tit.9.q.19.n.10.vbi citat Pinel.& Menes.y aunque por derecho ciuil la materia fue opinable, conforme la comun resolucion se admite lesion contra las transacciones, probato dubio, litis euentu, el qual es, y se puede estimar, l. propter spem ad finem, ff. familiæ ercis. l. fin. ff. de action.emp.l.nam hoc modo, ff.hær.act.vend.l.inquantitate 73.§.magn.ff. ad l.falcid. l. si iactum vetis, ff.de act.emp.Cagnol.in l.2.n.76.& 77.C.de rescindend.Menoch.cens.193.num.11 Molin.de primog.lib.4. cap. 9. num.35.& 36.

129 ¶ Y la forma de la estimacion del dubio litis euentu, y como se ha de prouar fue lo que diò motiuo a los Doctores, para excluyr la lesion contra la transacion, vt testatur Suar.allegat.22.& cons.3.Ant.Gabr.lib.3.com.conclus.1.de emp.nu. 7.Hyeronim. Grab.cons.254.n.49.y assi Bart.in l.Lucius, §.fin.ad Treb. n. 2. & 3.dize, que la forma del articular, y prouar el dubio litis euentu, se considera quando si saliera sentencia podia ser condenado en tanta cantidad quanta daua, ò remitia por la transaccion, de suerte, que si en la especie de nuestro caso don Baltasar de Villalta no transigiẽdo el negocio con don Francisco de Obregon, fuera condenado en los propios 4U.ducados que diò, no auia lugar la rescision, mas si es cierto (segun los autos) que auia de ser condenado en cantidad menor, que pudiesse formar lesion, ay lugar a la rescision de la transaccion, y assi lo notan con Bart.en el lugar citado, Cagnol.in l.2.nu. 76.*vers.Quinto facit*, C.de rescindend.vendit.Abbas cons.64.nu.3. lib.1.Roland.à Valle cõs.28.n.27.lib.4.ibi: *Quod dubius euentus fuisset*

communiter

communiter reputatus maioris stimationis, & vtilitatis, quã vtilitas, que prouenit, ex transactione. Et ibi: *Sed valorem rei considerato dubio euentu litis propter, quod censeatur minus valere*, Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 26. tit. 9. n. 41. Fontan. de pact. nupt. clauf. 4. glos. 9. num. 207. ad finem, ibi: *Tunc censeri probatam læsionem, quæ requiritur in hac materia, quando appareret, quod dubius euentus fuisset communiter reputatus maioris stimationis, & vtilitatis, quam sit vtilitas probeniens ex trãsactione.*

130 ¶ Que el dubio litis euentu, en la forma ponderada, estè verificada en lo especial de nuestro pleyto, patet, porque si dõ Baltasar no hiziera la transaccion con don Francisco de Obregon, y en la prosecucion del alegara no auer bienes de que fundar el mayorazgo, y mejora que hizo Manuel de Cortinas, y assimismo alegara, que el vinculo de doña Maria de Cortinas la vieja no pudo subsistir, mas q̃ solamẽte en los 700. ducados, cuya hipoteca era el cortijo de las Nabas de Monte frio, es cierto fuera dado por libre, no quiso seguir aquel juyzio, no opuso nada de lo referido, obligase a pagar 4U. ducados de los bienes del mayorazgo de los Villaltas, remitiò los 700. de que es hipoteca el dicho cortijo, con que muerto el dicho don Baltasar, en virtud de la transaccion, sale condenado el mayorazgo.

131 ¶ Bien se reconoce de lo referido, que el daño de la transaccion que se siguiò al mayorazgo de los Villaltas, fue de 4U700. ducados, y si el pleyto se siguiera, solo fuera condenado en 350. como vno de dos herederos de doña Guiomar de Acuña, pues no se halla por todo el pleyto otros bienes que se entregassen a doña Maria de Cortinas, y Gonçalo Fernandez su marido, por cuenta de los assertos vinculos de doña Maria de Cortinas la mayor, y Manuel de Cortinas su sobrino.

132 ¶ Ex quo infertur, que la sentencia, y executoria que obtuuo don Francisco de Obregon contra el dicho mayorazgo, no puede correr en forma alguna.

133 ¶ Tambien se opone contra la dicha transaccion el auer sido nula, por ser hecha contra bienes de mayorazgo, sin facultad Real, vt docet D. Greg Lop. in l. 10. tit. 26. p. 4. glos. *verbo, vendiendo, vers. Sed an possit*, D. Molin. de primog. lib. 4. c. 9. à nu. 7. vbi Additio, n. 20. qui plures refert Cald. Pereyr. lib. recept. c. 23. n. 117. D. Cast. controuers. lib. 4. c. 35. n. 63. vbi plura moti, per tex tum, in l. non solum, C. de prædis minor. c. cum tempore de arbitris, Surd. cons. 451. num. 2. Mier. 4. part. quæst. 22. num. 1. Gratian. forens. cap. 846. num. 6. Fussar. de substitut. quæst. 562. & 708. per tot.

154 ¶ Y aun que los Doctores, en especial el señor don Iuan del Castillo lo limita en dos casos, para que no se pueda hazer transaccion sobre bienes del mayorazgo, sin facultad Real, ningu-

 no

no dellos se opone a nuestro caso, como se podrà ver en el dicho cap.35.à n.63.que es quando la transaccion se haze de bienes que se deuan diuidir, por quanto el primer instituydor asignò para el mayorazgo, y mejora que fundò, mas bienes de aquellos que le podian tocar, entonces vale la transaccion sin facultad, porque le assiste la tacita voluntad de el difunto, de que quiso vincular lo que pudo, y la ley dà permission para que no se exceda de la cota, à iure aprobata, como mandando el padre vincular el tercio, y quinto, señalò para ella mas bienes de los que en ella podian caber en perjuyzio de las legitimas de los otros hijos, lo que es diferente de nuestro caso, pues el mayorazgo ya estaua fundado, y no era la question sobre el caso que refiere el señor Don Iuan de el Castillo.

135 ¶ La segunda limitacion que tray en el n. 64. de el mismo cap.35 es todas las vezes que la transaccion se haze de acto voluntario, y no necessario: en el primer caso no vale la transacciō sin facultad Real: en el segundo, entonces dize, que valdrà sin ella como si por sentencia vno fuesse condenado a restituyr cierta parte delos bienes que possee, en este caso valdrà la transacion, porque entonces le obliga a ello la sentencia: don Baltasar de Villalta, quādo trasigiò, non erat coactus aliquo decreto iudiciali, con que la primera parte de la limitacion no subsiste, his verbis, ibi: *Transigi iure potest absque Regia facultate, quando non ex actu voluntario, sed potius necessario, transactio praecessit, & maioratus bona in sua integritate remanent prout in casu praesenti manserunt: nam si transactio ea (quae potius tempore diuisionis bonorum inter omnes, co haeredes conuentio, siue concordia quaedam dici debet) non fieret melioratio dicta in excessu tertij euanesceret, nec vinculi institutio in omnibus efectum sortiretur, immò maxima in parte corrueret si iure suo omnes filij fundatoris vterentur, & legitimas cum efectu deducerent.*

136 ¶ Otra limitacion pondera don Iuan del Castillo, de que valga la transaccion, sin facultad, de que es, quando al mayorazgo, nihil detrahitur, que entonces valga, luego si aliquid detrahitur, non valet, como aqui, adonde se quitarō 4U.ducados, ibi: *Transactio ergò propter quam, nō modo aliquid ex bonis maioratus detrahitur, vel diminuitur, sed potius vinculum ipsum, cum omnibus suis bonis conseruatur integrum, & illaesum sic, quod valet cum ad consaruationem, non ad dimitutionem, vel destructionem tendat ab omnibus debet successoribus, vnanimiter obseruari, propter vtilitatem, quae hic inde resultat.*

137 ¶ Nata en el cons.465.n.2.lib.2. dize, que podrà tā bien valer la transaccion, quando se duda, ò litiga contra los bienes del mayorazgo, pretendiendo, que no son tales, mas que quando no es sobre esto el pleyto que entōces es necessaria facultad Real, ibi: *Quia vbi incertum est, vtrum fideicommissum debeatur transigi potest*, l. fideicommisso, iuncta glos. *verb. transactio*, C. de transact. Mieres

4.p.

4.p.q.22.n.17.in secunda editione, a donde cita a muchos, tenentes valere transactionem, quando es, dubium an bona sint vinculata aut non, las limitaciones referidas que los Doctores consideran, todas se adabtan a la pretension de los menores hijos de don Gonçalo de Villalta, pues ni la duda de la transaccio se ocasionò de sentencias que obligassen a don Baltasar de Villalta a pagar; ni si los bienes de su mayorazgo erã libres, ò no, ni que el litigio fuesse con los herederos de su padre, y abuelo, para que se huuiessen de diuidir, que son los casos, solo en que puede valer la transaccion, sin facultad, mas no en este caso, adonde se pretende, que de el mayorazgo hecho, y fundado se saquen bienes para pagar a don Francisco de Obregon, con que si en la hipoteca hallamos tantos defectos, y el error que huuo, respeto del entriego de los bienes, lesiõ que huuo en la transaccion, y no valer por faltar la facultad, parece es justificada en esta parte la pretension de los menores de Gonçalo Fernandez Villalta.

ARTICVLO III.

De la primera parte.

138 EN este tercero articulo, que no dexa de tener alguna conexidad con el precedente, se fundarà no valiò la hipoteca que se hizo del mayorazgo de los Villaltas para la restitucion de la dote que doña Guiomar de Acuña diò a doña Maria de Cortinas su hija, con don Gonçalo de Villalta, ni para la dicha hipoteca se guardò la forma dela facultad, ni se pidiò con las calidades que el derecho dispone, y auer auido en ella subrepcion, y obrepcion.

139 ¶ Quãdo cerraramos los ojos a lo que queda dicho que en el juyzio de V.m. considerando la pobreza, y daños que padeciò don Baltasar de Villalta, y sus hijos, que litigan, no se puede salvar de nulidad notoria la hipoteca que se hizo de los bienes del mayorazgo de los Villaltas, la qual por auer sido contra la forma de la facultad, no puede subsistir, por ser necessario en su obseruancia, no perder la formalidad que por ella se manda, ò ya sea la facultad obtenida, tanquam rescriptum gratiæ, aut iustitiæ. Bald. in Authent. offeratur, n.4. C. de litis contest. Decius cons.466.n.13.& sequent. Molin. de primog. lib.2.c.6.n.37.& lib.1.c.9.n.17. ibi: *Formæ namque prætermissio actum nullum efficit, etiam si ignoranter omnia fuerit*; vbi plures allegat Mieres de maiorat.4.p.q.20.n.178. Ioseph Sesse decis.30.n.1. cum seqq.

140 ¶ Faltò lo primero obseruar la forma de la facultad en la hipoteca, pues don Gonçalo Fernandez de Villalta, no obli-

go los bienes libres, contentandose con dezir que no los tenia, hipoteca solos los del mayorazgo, lo qual no fue bastante para verificacion de la narratiua de la facultad, por ser necessario calificarla y no poder por su sola declaracion prejudicar al mayorazgo ad tradita per Mier de maiorat. 2. p. q. 2. n. 161. vbi alios refert plures D. Cast. interpraetat. vltim. volunt. tom. 6. c. 157. num. 30. lo qual auia de ser precediendo informacion judicial, y con citacion del inmediato successor, vt docet insimili casu, Auend. de censib. cap. 63. nu. 8. & 9. cum seqq.

142 ¶ Y aunque la facultad expressamente no dixera ser necessarios los dichos requisitos paraque tuuiera lugar la hipoteca por ser bienes de mayorazgo los que se auian de hipotecar, se deuia hazer, vt notatur in l. pater filium, ff. de legat. 3. Auth. res quae, C. communia, de leg. D. Molin. de primog. lib. 4. c. 7. n. 2. ibi: *Semper sub intelligenda est, ita vt alienatio, seu hipoteca, non nisi defficientibus bonis liberis fieri possit*, & n. 7. ibi: *Ita etiam in casu de quo agimus conditio illa scilicet bonis liberis defficientibus à iure, sub intelligenda est*, vbi Additionatores Noguer. alleg. 40. n. 38. cum seqq. & allegat. 14. n. 36. & 37. Y la razon es, que estas licencias de las facultades se reputan como fiadurias, & ad instàr conditionalium obligationum, y asi no tienen efecto, hasta tanto que estè verificada la calidad, de que no ay bienes libres, Noguer. allegat. 40. n. 40. queda obligado entonces el mayorazgo en los que faltan, como fiador que es el dicho mayorazgo, D. Molin. de primog. lib. 4. cap. 7. à num. 8. & 9. Pater Molin. de iust. & iur. tom. 3. disp. 658. num. 1. Iacob. Cancer. part. 1. variar. cap. 9 num. 109. Auendañ. de censib. cap. 63. num. 12. Giurba decis. 31. num. 9. Menoch. lib. 4 praesumpt. 189. num. 9. Vincent. de Ann allegat. 115. Additionarcs ad D. Molin. vbi supr.

143 ¶ Lo segundo, que no se obseruò en la forma de la hipoteca fue, que mandando la facultad que Gonçalo Fernandez de Villalta obligasse primeramente los bienes libres que tenia, y fecho por la parte que faltasse, y fuesse menester obligasse los de su mayorazgo, para satisfacion, y paga de lo que huuiesse recibido de la dicha dote, no consta de las escrituras presentadas de fee de entrega, mas que tan solamente de 1300. ducados, escritura de 12 de Setiembre de 1559. porque las demas todas se refieren a la escritura de capitulaciones, no consta de aprecio que se auia de hazer, ni de la certificacion, y fee de los apreciadores, con que se auia de calificar su valor, antes doña Guiomar de Acuña, se queda con vna de las casas que auia prometido en dote 60. ducados de renta de los mismos bienes, cõ que a no quedar ponderado en este papel el que la dote no se entregò, cansara a V.m. con boluerlo a referir, con lo qual euidentemente consta auer sido la obligacion que hizo don Gonçalo contra la forma de la facultad.

Y aun-

143 ¶ Y aunque por dicha facultad no se declarara la dicha clausula, ista insit de iure, Bald. Nouell. eleganter in tractat. de de dote, 6. p. priuil. 13. nu. 13. para excluyr el derecho de hipoteca quando la dote es confessada, dize estas palabras: *Quæ tamen singularis dispositio, solum haberet locum in dote actualiter data, vel numerata, non autem in confessata, per hæredem grauatum de dote præ eũ habita, nõ aliter probata solutione, non valeret in periudicium fideicommissari, ex quo videtur emanasse in materia suspecta, & in fraudem fideicommissi.*

144 ¶ Noguer. allegat. 40. nu. 7. prosigue con estas palabras: *Quando agitur de exigenda dote ex bonis vinculatis in successoribus maioratus periudicium, quod non sit sufficiens confessio de dote, recepta immò necessarium sit, quod vera, & actuali numeratione constet*, probat Petra de fideicom. q, 8. n. 380. Peregr. eodem tractat. art. 42. n. 83. Menoch. lib. 4. præsumpt. 190. n. 50. Intrigriol. de substitut. cent. 3. q. 73. n. 387. pag. mihi 205. Fussar. in simili tract. q. 532. n. 22 pag. 576. Sforcia de fideicom. ex prohibitione alienationis, q. 44. art. 7. nu. 114. pag. 595. Cancer. lib. 1. var. cap. 9. n. 182. in 2. editione Ferrer super cõstitution hac nostra 3. temp. declarat. 5. Mier. vbi supr.

145 ¶ La tercera calidad que no obseruò Gonçalo Fernandez de Villalta, en la forma de la hipoteca de su mayorazgo, q̃ deuia ser obligando solo los frutos, para la paga, y restitucion de la dote, lo qual mauifiesta de las palabras de la facultad, ibi: *Otro si con tanto, que despues de pagadas las dichas arras, y lo que de la dicha dote huuiere des recebido los dichos bienes, queden libres de la dicha obligacion, y en el dicho mayorazgo.* Si por la facultad se diera licencia para vender los bienes del mayorazgo, fuera superflua la palabra, ibi: *Queden libres de la dicha obligacion, y en el dicho mayorazgo*, no pueden quedar vendiendose. Luego bien se sigue que los bienes no se auian de vender, pues venderse, y quedar en el mayorazgo, est quid impossibile.

146 ¶ *Assiste mas a los menores de don Gonçalo Fernandez de Villalta la subrepcion, y obrrepcion que huuo en la impetracion de la facultad que ganò Gonçalo Fernandez para obligar los bienes deste mayorazgo a la restituciõ de la dote, sobre que se litigò limitar la potestad al Principe, especie de temeridad dixo ser Bald. Casan. Afflict. Luc. de Pæn. con otros que refiere Mier. de maiorat. 4. p. q. 1. n. 84. vsque ad 89. por la razon del texto in l. sacrilegi, C. de sacrileg. Senec. in Hercul. furente limita est potestad, en aquellas palabras. Quod licet Ioui, licet Principi, que aunque son absolutas en la potestad, las reduce a la potestad raccional, l. 14. tit. 5. p. 2. l. filius 15. ff. de condit. institut. l. humanii, C. de legib. Bobad. in politic. lib. 5. c. 5. n. 11. D. Solorç. de iur. indiar. lib. 3. c. 2. n. 2. & 3. desta potestad racional, resulta la permision que el derecho cõcede, para que se pueda dezir de subrepcion, y obrepcion contra las facultades, porque el oponer contra ellas, es solo manifestar el engaño del impetrante, mas no limitar la potestad de el concedente, para conocer la voluntad que el Principe tuuo.*

147 ¶ *Calla don Gonçalo de Villalta en la impetracion de la facul-*

tad el nombre del fundador, y los preuilegios con que el señor Emperador le diò facultad para que pudiesse disponer de 20U. escudos de oro de la Encomienda de Viboras que le auia dado.

148 ¶ No puso, ni expressò clausula alguna de la fundacion, deuiendo poner todas las que mirauan a perpetuydad, prohibicion, llamamientos, calidad de bienes, y las demas que podian reducir el animo del Principe a conceder, ò negar la dicha facultad, que son del tenor siguiente. Y es mi voluntad, que todos los dichos bienes, de que yo assi este mayorazgo, anden juntos, enteros, y vinculados por aquella via, y forma que mejor de derecho los puedo vincular, è sucedā en vna sola persona, y que sean indiuisibles, è inagenables, è imprescriptibles, è que no se puedan partir, ni diuidir, ni apartar, ni segregar lo vno de lo otro, ni lo otro de lo otro, ni darlos en dote, ni en arras, ni en donacion, probter nuptias, ni los puedan vender, ni donar, trocar, ni cambiar, ni enegar, ni empeñar, ni potecar, ni los frutos dellos, ni arrendallos a censo perpetuo, ni por vida, ni arrendar por luengo tiempo, ni legar, ni mandar por testamento, ni por otra vltima voluntad, ni someter a otra especie, ni forma en manera alguna de enagenacion, ni por modo de restitucion, ni por titulo honeroso, ni lucratiuo, ni por causa de alimentos, ni de dote, ni por arras, ni por redencion de cautiuos, ni para librar al posseedor dellos de prision, ni de pena, ni por otra causa, ni razon alguna voluntaria, ni necessaria, ni piadosa, ni pensada, ni por pensar, auque sea mayor, ò menor, ò qualquiera delas arriua dichas, ni aunque sea vrgente, ni necessaria, graue, ò grauissima de qualquier causa, ò calidad que ser pueda, ni aunque sea cō facultad, y autoridad, ni licencia de Reyes, ni de Reyna, ni de Principe que a la sazon fuere destos Reynos, fuere dada de propio motu, de cierta ciencia, y de poderio Real, absoluto, ò en otra qualquier manera, ni aunque aya para ello autoridad, facultad, y licencia, decreto, ò consentimiento de aquel, ò aquellos a quien pueda venir este mayorazgo, ni de aquel que a la sazon lo posseyere, ò esperare posseer, ni por pacto, ni transaccion, ni por juramento, ni sentēcia, ni por otra via, contracto, ni obligacion que sea derecho, natural, ciuil, ò Canonico, ni conuencional, aunque interuenga en ellos, ò en parte dellos, qualesquier cosas, ò clausulas, assi de hecho, como de derecho, de qualquier natura, y efecto, vigor, misterio, ò calidad que sean, ò ser puedan, que toda via este dicho mayorazgo estè, y quede, y permanezca entero, no partible, ni diuisible, ni sugeto a ninguna particion, ni diuision, ni enagenacion, por causa alguna que sea, segun que de suso se contiene, y declara. Y otro si, que los dichos bienes, ò parte dellos, no se puedan prescribir, aū que tengan titulo, y buena fee, ni aunque passen en nuebos posseedores, ni corra cō tra ellos prescripcion alguna, por ningun tiempo, aunque sea de cien años, ò otra qualquier inmemorial, y quiero, y es mi voluntad que aya todos los dichos bienes, assi vinculados con las dichas condiciones, substituciones, y prohibiciones, y con todas las otras posturas, y condiciones que de iuso seran declaradas el dicho Gonçalo de Villalta mi hijo, y los por mi despues a el llamados a este dicho mayorazgo, y si contra el tenor, y forma de todo ello, y de qualquier cosa, y parte dello fuere hecho, ò tentado a hazer, ò quisiere intentar de ganar licencia para ello, ò qualquier cosa, y parte dello que el mismo hecho, lo tal que assi se hiziere, ò tentare de

de se hazer sea, assi ninguno, y de ninhun valor, y efecto, como hecho, intentado contra expressa probicion, y defendimiento del concediente, y contra derecho, y autoridad Real, y como hecho contra mi voluntad, y como si los dichos bienes nunca huuieran venido a el por el dicho titulo de mayorazgo, y donacion, aunque fuesse hecho por inorancia, a persona, ò personas inorantes destas dichas condiciones, y vinculos, y por otro qualquier error de hecho, ò derecho, ò por qualquiera cosa de lo que hiziere, ò tentare de hazer el tal sucessor del dicho mayorazgo contra lo contenido en esta escritura, pierda, y aya perdido el dicho mayorazgo, y todos los bienes del, por el mismo hecho, ò lo hiziere, ò tentare, y que se traspasse el dicho mayorazgo en el siguiente en grado, a quien segun la disposicion deste vinculo, y mayorazgo huuiere de venir, como si el no fuera llamado a el. Y quiero, que ningun derecho de propiedad, ni de possession, ni de señorio en los dichos bienes deste mayorazgo, que fueren vendidos, y enagenados, se le pueda passar, ni passe, ni trasmita, ni la persona, ò personas que comprare, ò huuiere los dichos bienes, y qualquiera parte dellos, por via de enagenacion, aunque sea en persona, ò lugar, preuilegiado, ni sea visto tener, ni hipotecarle ningun titulo, ni derecho alguno a la possession, ni a la propiedad, ni señorio de los dichos bienes, ni de parte de ellos, aunque lo ayan pagado, y aunque ignoren, y no sepan este vinculo que yo hago. Y quiero, y es mi voluntad, que qualquier sucessor, y llamado por mi a estos dichos bienes, se pueda entrar en ellos por su propia autoridad, sin caer en pena por ello, y sin otra autoridad, y derecho, y mandamiento de juez, ni de otra persona alguna, aunque aya resistencia verbal, ò actual, ò que no la aya.

149 ¶ Ytem, con condicion, y es mi voluntad, que si vos el dicho Gonçalo de Villalta mi hijo fallecieredes sin dexar, ni descendientes, y si los dichos vuestros hermanos Iuan de Villalta, y Diego de Villalta mis hijos fallecieren assimismo, sin dexar hijos, ni descendientes, segun, y de la manera, y forma que en en esta disposicion se contiene, de manera que no aya dellos, ni de vos sucession, ni descendencia, segun, y de la forma que de suso en esta escritura se contiene. y por la orden, y forma que son por mi llamados a estos dichos bienes de mayorazgo, en tal caso ordeno, y dispongo, y mando, que de los frutos, y rentas de los bienes deste mayorazgo, de todos los años que para ello fueren menester, se haga, labre, y edifique en esta villa de la Torre de don Ximeno vna Yglesia, y Monasterio, donde ayga Frayles, y Religiosos de la Orden de señor san Benito, cuya administracion tenga la dicha Iglesia, y Monasterio, y esten en el los Religiosos que de los frutos, y rentas de los dichos bienes mios se pudieren, y puedan sustentar cõ las otras personas que para el seruicio dellos, y de la casa del dicho Monasterio fue necessario. Ytem, la calidad que hallò Gonçalo de Villalta, fue, que estando ya casado el dicho Comendador, in facie Ecclesiæ, con la dicha doña Iuana Carrillo de Guzman, con dispensacion de su Santidad, que para ello tuuo en ocho de Mayo del dicho año. Ratificò esta escritura de mayorazgo, y la oprouò la dicha su muger.

150 ¶ Ytem, otra calidad que callò el dicho Gonçalo de Villalta, fue de la dicha dote por los vinculos en ella referidos, y de los bienes rayzes, casas, y hazas en que se la ofrecia. Todo lo qual se conoce con euidencia de la narratiua de lo facultad, y de las escrituras de promessa, y recibo de la dicha dote, y demas

que

que se han referido, y assi por ser cosas que se deuieron expressar, y no se expressarõ causaron subrepcion conocida.

151 ¶ *Las cosas que expressò fueron. La vna, que tenia bienes libres el dicho Gonçalo de Villalta, no los teniendo, como lo declarò en la escritura, en que hipotecò los de mayorazgo.*

152 ¶ La otra, que estaua concertada de casar, estandolo ya desde 27. de Agosto, como consta de la escritura del recibo de la dote, y de la facultad que se despachò despues, por Otubre de el dicho año de 1559. que son cosas tambien que mas facil hizierõ el animo de el Principe para conceder la facultad con que le causò obrrepcion, que basta para su nulidad, como fundaremos.

153 ¶ Siendo, como es en el hecho cierto que no se expressàron las calidades que se deuia, y que se expressaron las que no auia necessidad de expressar, constitutissimum est dictam facultatem ipso iure nullem, & invalidam esse, vt probat eleganter Socin. iun. cons. 77. à n. 85. Lapus alleg. 23. in fin. Mandos. reg. Cancell. 32. n. 7. tom. 2. probat Mier. de maiorat. 1. part. q. 3. num. 3. dicens: *Cum igitur hæc inficiari minime possint notorium est in iure, quod nõ solum Principi est facienda mentio, & rellatio de his quæ si expræssa fuissent, non concessisse, id quod concessit, sed etiam de his quæ si Principi, nota fuissent nihilominus concessisset, sed non tam leuiter Mattheus de Afflictis decis.* 195. *numer.* 7. *Sarmient. lib.* 1. *select. c.* 9. ibi: *Item in dispensatione debet fieri mentio de omni eo, quod dificiliorem, reddere dosset concedentem*, vt notatur loquè à cerca de consaguinitate, & afectu, Mascard. de probat. concl. 846. nu. 1. cum seqq. libr. 2. hæc concusio probatur, in c proponente de rescript. & in c. postulasti, *verb. de leui*, eodem tit. c. si motu proprio, in *verb. medicum de præbendis* in 6. c. dudum de electione, l. si presumpt. C si contra ius, l. vltimam public. & plurimis relatis probat Gam. decis. 59. n. 56. & seqq. vbi: *Videtur priuilegium ipsum subrrepticium, cum omnes qualitates sunt exprimendæ quibus moueri possit Princeps ad non concedendum, sed dificilius concedeudum.* Et inferius: *Immò requiritur, vt fiat notabilis expræssio, nec suficeret in genere fieri, vt impetratio soluetur à subrreptione seu obrreptione*, idem probat Craueta cons. 68. n. 2. Roland. à Valle cons. 72. n. 72. lib. 3. sufragatur Ioan. Gut. canonic. quæst. libr. 2. quæst. 15. à n. 25.

154 ¶ Y la razon desta conclusiõ es en dos maneras. Vna, *quod tacens verum in impetratione rescripti præsumatur esse in dolo*, vt cum Bald. Paul. Abbat. & Alex. & alijs animaduertit Riminald. Iun. in cons. 355. num. 113. volum. 4. & dolus suus neminem debet patrocinari, l. ne ex dolo, ff. de dolo, l. 1. §. 1. ff. de exceptione doti, l. ita que fullo, ff. de furtis, C. sedes, & C. seqq. de rescript. Aymõ Crauet. dict. cons. 68. n. fin.

155 ¶ Lo otro, *quod ignorans factum non dicitur habere voluntatem, & ex defectu voluntatis concessiones corruunt*, Iass. in l. 1. n. 2. C. si

contr.

ius, vel vtilit. pub. Paris. cōs. 73. n. 32. lib. 4. ibi: *Et ideò cum sit facta ista gratia contra intentionem concedentis est ipso iure nulla secundum*, Hostiens. in cap. fin. de præbend. Innocent. in c. 2. de probat. lib. 6. Seraphin decis. 398. n. 1. ibi: *An dicta gratia sit nulla, & ex defectu intētionis Papę, vt neque etiam clausulæ in illa appositæ illam verificent, & causa pluries proposita tandem, sub die 20. Februarij, Rota resoluit gratiam esse nullam à principio ex defectu intentionis reseruata generalitate seu euentualitate, & demū 20. Martij, fuit eadem decißio per dominos confirmata præcipuè fundamenta decisionis fuerūt primo authoritas Dini cap. causam quæ, el 2. de test. vbi glos. Host. Ioan. Andr. Ægid. Abb. Felin. Aretin. & alij allegati, qui omnes vno ore dicuntur gratiam etiam motu propio factam eße nullam quando adest defectus intentionis, & licet non dicantur eße ipso iure nulla tamen sunt etiam aliqui, qui hoc dicunt, veluti Paris. cons. 74. num. 32. lib. 4. & hoc idem videtur firmare, Casador. decis. 3. num. 3. in fin. vbi tradit gratiam factam de pensione non facta mentione de alia prius imposita eße nullam, etiam si motu propio facta sit, & demum num. 5. tradit eam esse nullam ipso iure, & licet fundet se etiam in subreptione id euenit, quia in casu suo gratia erat ad partis postulationem, sed non tollit æquiparationem, quam facit subreptionis, & defectum intentionis, & ita sunt intelligendi DD. quia paßim æquiparantur subreptionem, & defectum intentionis. Secundo pro hac sententia facit euidens ratio, quia cum in constituenda gratia requiratur potestas, & voluntas vtique altera deficiente gratia est à principio nulla, nam actus sine voluntate, & potestate non potest constitui, exornāt nostram conclusionem Auend. de censib. cap. 33. num. 14. Ioan. Garcia de nobili. glos. 2. à n. 25. Cabrer. de metu, lib. 2. cap 3. à n. 48.*

156 ¶ Y porque de las calidades que se deuen expressar para que se diga que el Principe tiene noticia, y conocida voluntad de la suplica, y de su dispensacion resulta la mayor inteligencia de esta materia, y el claro fundamento de la justicia de don Gonçalo, ponderarèmos la comun y verdadera de los Doctores, para ajustar las circunstancias calladas, y expressadas en dicha facultad.

157 ¶ De las dos razones consideradas por los Doctores, para fundar que el rescripto subrepticio, ò obrepticio es nulo, se desciende a vna disputa, que es ver quales calidades expressadas q̃ se omitieron en el pedimiento, ò quales no verdaderas, que se expressaron, reddunt Principem difficiliorem, aut faciliorem ad concedendum, para que se juzgue que el rescripto es subreptiuio, ò no, en la qual resolucion muchos que refiere Iuan Gutierrez dict. lib. 2 Canonic. quæst. cap. 15. num. 43. vers. Quo fit & cum supra resoluimus, Thom. Sanchez de matrim. lib. 8. disp. 21. num. 19. que pēde del alvedrio del Iuez el juzgar si la calidad es tal, ò no, que moueria al Principe, pero la verdadera opinion pone Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 3. casu 201. num. 27. ibi: *Ergò huic dubitationi non paruæ satisfacerem, distinguebant tria esse harum qualitatum genera aliquæ sunt claritates iam clarè, & expressè in iure determinatæ, & iste dubio procul exprimendæ,*

mendæ, atque narrandæ sunt in specicbus alioqui vitiatur rescriptum, neque adhibetur in his differentia, quæ vel per ignorantiam, vel per simplicitatem, vel per dolum narratę non fuerint, quoniam semper rescriptum annullatur. Ita declarat, atque intelligit Feliu. dict. cap. super literis, num. 2. vers. *Limita primo*, Gemin. cons. 105. in fin. Socin. iun. cons. 174. post principium, & cons. 273. column. vltim. lib. 2. Ruin. cons. 3. num. 16. lib. 2. Crauet. cons. 68. n. 1. Socin. iun. cons. 77. n. 83. lib. 1. illud etiam affirmat Felin. rescriptum hoc casu vitari etiam si fieri possit, quod qualitates exprimendę, & quod poterat aliàs impedire concessionem non mouisset Principem ad non concedendum illa huius sententię, videtur ratio, quoniam expressionem harum qualitatum pro forma, quę ad vnguem obseruanda est leges dedisse videntur, Menoch. sequitur Ioan. Gutierr. vbi supr. num. 38. cum quatuor sequentib. Deste genero de calidad son las que se consideran para fundar la subrepcion, y obrepcion de la facultad de que vamos hablando, y assi omitimos las demas calidades de la distincion, porque fundando que son calidades que se deuieron expressar las que se callaron, y no expressar las que se refirieron por precisa disposicion de derecho, no obra necessidad si se obtuuo la dicha facultad con dolo, ò ignorancia, ò si versatur arbitrium iudicis, en ver si mouerran, ò no, al Principe a la concession de dicha facultad.

PRVEVASE LA SVBREPCION.

158 ¶ La primera calidad, como se ha dicho, que deuiò expressar Gonçalo de Villalta, era el fundador del mayorazgo, pidiendola con el modo y forma que refiere el señor Luys de Molina, que se solian pedir en aquel tiempo las facultades, lib. 4. de primogen. Hispan. cap. 3. num. 38. ibi: *Vt autem in his cautè procedatur, quādo similes facultates impetrantur, antequam de petitione ipsius facultatis agatur, solet impetrari ab ipsorum primogenij possessoribus licentia propio motu concessa, ad hoc vt ex illa voleat possessor facultates impetrari, atque illa vti, quā Princeps concedere solet expressis clausulis maioratus, seu ipsorum substantiæ illis expresse derogando.* Et inferius: *Solent autem primogeniorum possessores, ne ex primæ licentiæ impetratione pœnas in ipso primogenio contentas incurrant secretè facere, vt ab aliquo tertio in Regia Camera, vbi similes facultates conceduntur, quodam memoriale vti vocant, producetur, in quo impersonaliter, & sine expressione nominis vltimi possessoris, neque alterius personæ impetrantis dici solet, quod in maioratu, quod instituit Titius, sunt clausulæ talis tenoris, & quod tunc necessarium est bona eiusdem primogenij alienare, vel hypothecæ subiicere ex causis, quæ ibidem exprimendæ sunt, proindeque ex eisdem causis supplicatur Regiæ Maiestati, vt maioratus possessori propio motu, & certa scientia con-*

concedat rescriptum, in quo derogetur prædictis clausulis, & concedatur ei licentia, vt absque incursione pœnarum in eodem primogenio contentarum possit facultatem ad id efficiendum impetrare, atque illa prout sibi libuerit vti, quod rescriptum absque alia maioratus petitione concedi solet, & postea eius virtute facultates necessarias impetrare, idque pluries factum fuisse vidimus, adque faciendum esse consuluimus, in quo tamen cautè procedendum erit propter clausularum retentium primogeniorum rigorem, quæ debent diligentissimè examinari ante facultatis interpretationem ab ipsius maioratus possessoribus ne aliquid faciat, in quo eisdem contrauerticiant, & etiam ab his qui annuos redditas virtute harum facultatum super bonis emunt, vel pecuniam super eisdem bonis mutuam præstant, ne ex eius ordine prætermissione alienatio, seu hypotheca nulla reddatur, videmus namque plures, qui absque maioratus examine annuos redditus super bonis eiusdem maioratus Regia facultate præcedente, quibus ex post facto ea negligentia maximum damnum atulisse, compertum fuit.

159 ¶ De modo, que conforme a lo que se ha referido del señor Luys de Molina, y el despacho de la facultad, no se guardò el estilo que se suele de expressar el fundador, y modo de la fundacion, que no tiene duda que lo vno y lo otro era menester; porq̃ si entendiera quien era el fundador del mayorazgo, y el modo con que auia dispuesto, como consta de las clausulas que quedan referidas, y como las tiene acetadas, y expressamẽte consentidas (el possedor que pedia la facultad) se la denegara, pues no auia de reuocar la merced que vna vez auia hecho a el dicho Cauallerizo, y el derecho que pertenecia a los llamados de dicho mayorazgo, l. 6. tit. 10. lib. 5. Recop. ibi: *Las cosas que el Rey diere a alguno, que no ge las puede quitar el, ni otro alguno sin culpa.* Probat D. Molin. de primog. lib. 4. cap. 3 num. 18. cum seqq. Dom. Greg. l. 2. glos. 2. tit. 27. part. 2. Ioseph. de Sese decis. 52. num. 8. tom. 1. omnino videndus, diximus supr. nu. . & nunc addimus illud Deuteron. cap. 2. ibi: *Videte ergò diligenter, ne moueamini contra eos, neque enim dabo vobis de terra eorum, quia filij Loth. tradidi Arin. possessionem.* Mieres de maiorat. p. 1. quæst. 26. à num. 50. per totam, & 4. part. quæst. 1. num. 168. probat Burgos de Paz consl. 9. num. 6. cum multis fundamentis, eleganter D. Castill. lib 3. controuers. cap. 28. per tot. & in cap. 6. à nu. 4. eodem lib. 3. & diximus supr. n.

160 ¶ Y esta es la razon, porque en la impetracion de semejantes facultades ay estilo de expressar el fundador, y las clausulas, y prohibiciones de los mayorazgos, sobre que se pretende la dispensacion, y que faltando, sea forçoso, que contenga subrepciõ, y obrepcion, eleganter probat Mandos. Reg. Cancellariæ 19. n. 9. tom. 1. ibi: *Stilus in ijs tantũ consideratur, vt si reperiat facta concessio, etiam ab ipso Principe contra filium prouisio, priuilegiũ, seu concessio reditur suspecta de facto, & nulla,* idem Mados. Reg. 27. Cancelariariæ, & seqq. tom. 2. plures referens Thom. Sanch. de matrim. disput. 21. n. 19. lib. 8. ibi:

ibi: *Quod si petas, unde cognoci possit qualitatem cõducere ad dispensationem, & eius generi ei, ut ea expressa Princeps gratiam non cõcederet. Respondetur? Ex precedentis adbitrio relinqui dijudicandum est, quãdo neque ex iure, neque ex stilo Curiæ, nec Principis consuetudine id constat.* Y alega muchos, y dize mas: *Prudens autẽ hoc arbitrabitur, attento communi Curiæ stilo, & Principis consuetudine attentis alijs similibus rescriptis*, l. 44. tit. 18. p. 3. ibi: *Otro si dezimos, que si el preuilegio desacordasse del curso, è de la manera en que acostum bran a facer los otros preuilegios que solia por aquel Rey mismo, que non deue ser creydo*, probat Ioan. Gutt. Canonic. quæst. c. 15. n. 30. & 76. Auendañ. de censib. c. 63. n. 16.

161 ¶ Fue, pues, el despacho tan contra derecho, y el estilo de la Camara, como se verà de los fundamentos siguientes, cõ que no se puede disimular la nulidad, ni dexar de conocer la subrepcion con que ganò Gonçalo de Villalta la facultad.

162 ¶ Lo primero, porque no se citò para examinar las causas del inmediato sucessor, D Molin. de primogen. lib. 4. c. 3. n. 5. ibi: *Secunda conclusio, sit has causas præcisse ante concessionem examinandas esse, neq; ad eas concedendas, nisi causa cognita, & citato prius ipsius primo genij primo successore*, iuxta text. in l. 1. §. denuntiari, ff. de ventre insp. procedendum fore, ex ijs quæ supr. lib. 3. c. 3. n. 23. cum seqq. latius annotauimus. Et inferius: *Tratando del examen que deue auer de las causas que ay para dispensar*, dize: *In qua causæ cognitione illud, præsertim examinandum erit, utrum scilicet causæ legitimæ sint, & an ex redditibus bonorum maioratus, ex munera adimpleri valeant aliter, namque ad bonorum maioratus alenationem, seu hipotecam recte perueniri non potest*, ex text. in l. pater filium in princ. ff. de leg. 3 iuntis ijs quæ supr. lib. 1. c. 10. n. 4. adiecta sunt, & infr. dict. lib. c. 6. n. 5. *adducemus ad illud, quod summe intendendum erit, ut nõ ad superflua, sed tantum ad ea, quæ ad illud munus ad implendum præcissè necessaria fuerint facultates concedãtur, quæ omnia exactissime examinanda sunt, si enim aliter facultates concederentur Regijs Consiliaris, qui eiusdem facultatibus expediendis consilium præstarent conscientiæ lessæ crimen incurrerent prout supra, lib. 1. cap. 18. n. 10. ostensum est, quem sequitur Auendañ. de censib. c. 63. num. 8. cum trib. sequentib. Mier. de maiorat. 4. p. q. 1. limit. 1. à n. 143. omnino videndus, D. Couar. lib. 3. variar. c. 6. in fin.* ibi: *Fortasis tamen in quæstione, quam modo principaliter tractamus in derogandis ultimis priuatorum voluntatibus, vel contractibus, quibus certis quibusdam legib. primogenia fuere constituta contraria oppinio iustitior, & verior est. Saltim, in eum finem probari debet, ut Regij consiliarij, quibus id muneris incumbit, ut his derogationibus expediendis, & alijs priuilegis concedendis præsunt raro, & maxima, ex causa atque exactissimè examinata, hoc iure utantur ipse etenim videò, & in hoc casu aliquæ rationes, ex superius traditis derogationes istas impedire, cum alioqui facilime decipiantur illi qui, vel ex Regis authoritate iure primogenij proprium patrimonium certis sub conditionibus, & legibus posteris relinqunt alioqui non relicturi*, suffragatur, idem Mier. de maiorat.

rat.4.p.q.1.y la respuesta que se diò en las Cortes del año de 552. q̃ fue vna antes de la fundacion del dicho mayorazgo, donde n. 178. dize: *Hæc igitur omnia peregrina, & ex varis locis hac simul colecta faciunt pro prædicta sententia quæ dictat principi, non esse licitum concedere licencias, & facultates, ad aliengandum bona maioratus*, quam tenent Ant. Gom. Episcop. Couarr. & Pinel. in locis supra citatis; *Vbi iusta mihi videtur quædam petitio data Matriti, anno 1552. ordine* 107. ibi: *Fuit supplicatum inuictißimo Carolo Imperatori, Regi nostro, ne concederet licencias, ad alienandum bona maioratus, neque ob causam dotis, neque ob aliam causam, vt aliàs in dicta petitione continetur, cui responsum fuit, quod de inceps haberetur consideratio, ad contentum in dicta petitione secundum casus occurrentes*, D. Castillo lib. 3. controuers. c. 28. n. 14. ibi: *Existimamus tam Supremi Regij Consilij Senatores præstantißimos qui Regie Cameræ negocis deficiendis, & litteris gratiæ expediendis præsunt, non alias prædicta facturos, quam si causæ cognitio intereße habentium, vel prætendentium interuenerit, & ita fieri, ex stylo supremorum eorum dem consiliorum testatur Ludouic. Molin. vbi supra, & recte quidem, quamuis enim ipsorum facultas, & authoritas magna sit, non aliter se habent in actus cuiusque expeditione, quasi omni ex parte illum iustificent, nec quicquam, non citato irogent præiudicium, id circo Stylo huiusmodi seruandus, & laudandus proculdubio.*

163 ¶ Lo tercero, callò el dicho Gonçalo de Villalta tã bien la forma en que auia fundado el dicho su padre el dicho mayorazgo, valiendose de la facultad del derecho por via de mejora, de tercio y quinto, y donacion entre viuos, y en solo lo necessario para ello de la Real, que es cierto, q̃ a hazer relacion dello, con mayor dificultad dispẽserà el Principe, ad traddita per Greg. l. 6. tit. 11. p. 6. glos. 4. col. 2. *verb. consulo*, & l. 3. tit. 13. p. 6. glos. 2. col. 7. in fin. D. Couarr. lib. 3. var. c. 6. per tot. Burg. de Paz cons. 9. nu. 18. & 29. D. Molin. de primog. c. 2. lib. 2. n. 11. Ioan. Guttierr. pract. lib. 2. q. 66. n. 3. & seqq. Robles de represent. lib. 3. c. 5. n. 25.

164 ¶ Lo quarto, dexò de expressar, como el dicho mayorazgo le tenia aceptado, con que estaua obligado a guardar todas sus clausulas, y ley que prohibe intentar semejante facultad, ad tradita per Mier. de maiorat. 2. p. q. 4. limit. 8. n. 65. & 1. p. q. 26. n. 116. y no podia pedirla por ser en perjuyzio de los demas llamados, a quien es oy por la acceptacion, se les auia adquirido derecho, vt eleganter probat Carol. Ruinus cons. 186. n. 1. & 2. lib. 1. Mier. de maiorat. p. 1. q. 34. n. 72. cum seqq.

165 ¶ Lo quinto, de mas de las calidades propuestas, callò tambien Gonçalo de Villalta la de prohibir expressamente el fundador la enagenacion de los bienes de el dicho mayorazgo, para la paga de dote, y arras, aunque fuesse cõ facultad, y assi la que

ſe concediò a Gonçalo de Villalta fue ninguna,& interminis probant Mier.de maiorat.p.1.q.7.n.16.vbi plures allegat,& 4.p.q.1. limit.2.n.27.dicens:*Circa prædicta etiam notandum eſt, quod vbicumque per fundatorem maioratus fuit facta expreſſa prohibitio alienandi bona maioratus ob dotem etiã cum facultate Regia nullatenus, licebit alienare talia bona, iuxta gloſ.in l.nulla, verb.prohibitum, C.de iure dotium, quam plurib.allegationib. ornat, & confirmat Molin.dict.lib.4.de primog.& c.6.n.11.fol.165.ad quẽ addo infinitos, quos citat Burſat.in dict.conſ.180.n.22.lib.2.& cum à Principe petitur in iſto caſu facultas ad alienam, vel obligãdum pro dotibus talia bona oportet, vt idem exibeatur clauſula prohibitionis, alias eſſet ſuberptitia, vt probatur ex plurib.*ſupr.relatis.

166 ¶ Cauſò tãbiẽ ſubrepciõ no expreſſar la fundaciõ de el Cõuẽto, y llamamiẽto en defecto de la ſuceſsiõ del Comẽdador que referimos en el n. porq̃ ſi ſe expreſſara, no ſe concediera la facultad a Gõçalo de Villalta, ex vulgari regula quod donat qui ad certum pium, vſum nec authoritate, quadam Principis poſſe conuerti in alium, & probat ex l.penult.C.de donationib. Bald. & alij Tiraq.de priuil.piæ cauſæ, priuil.135.omnino videndus hactenus, porque ſe encuentra la dicha facultad, con la cauſa publica de la obra pia, y de conſeruar el dicho mayorazgo, que tambien milita, con que ceſa la cauſa juſta que podia dar motiuo al Principe para diſpenſar, probat eleganter Burg.de Paz conſ.9.omnino videndus n.9.& alij quos alegat benè per pendit D.Molin.de Hiſp.primog. lib.4.c.3.n.3.& 4.verſ.*Ideòque vt ſi in dotium conſtitutione publica vtilitas verſetur, mihi omninus tamen hæc cauſa ſuficiens non erit vt bona maioratus alienentur, cum ea cauſa, & ſi publica eſſe videtur alteri tamen cauſæ publicæ contraria ſit, quo caſu confunduntur vtrius cauſæ priuilegia, imo in caſu de quo agimus ſolum bona maioratus, hoc priuilegio potiri debent cum, quo ad ea de damno vitando tractetur, quando enim duo priuilegia contraria concurrunt attendum eſt, illud in quo de damno vitando agitur non autem illud, quod de lucro captando verſatur, quod notant ſcribentes, per text.ibidem, in l. verum, §.fin.ff. de minorib. & in Authent. quas actiones, C. de Sacroſanctis Eccleſis, vbi Bart.n.3.Iaſ.n.11.& communiter ſcribentes.* Immò, *ſi hoc benè conſideretur, non ſequitur. Hæc eſt cauſa publica, ergò pro illa poſſunt bona maioratus alienari, alias namque ex hoc deduci poſſet, quod pro reparandis itineribus, vel plateis, aut teatris, vel pro Eccleſiarum conſtructione, vel alijs ſimilibus quæ cauſam publicam continent illico bona maioratus, ex Regia facultate alienari poſſent, quod ſatis abſurdum eſſet.*

167 ¶ Y no ſe puede dudar que ay tambien mucha diferencia de conceder facultad al poſſeedor del mayorazgo para que ſe obligue a la dote que le dan con ſu muger, ò a la que ſe le dà para dotar la hija que no tiene bienes libres, con que como lo ponderò

rò Mieres de maiorat.4.p.q.1.limit.2.à n.1. vsque ad n. 25. y en el n.26.dize: *In ista materia animaduertendum est, longam esse differentiam, vt concedi possint facultates ad alienandum bona maioratus inter dotem quam pater vult filiæ dare, & inter obligationem quam quis facere vult de restituenda dote, cum vult ducere vxorem, nam facilius concedenda est facultas, vt pater dotet filiam, quam in secundo casu scilicet quando quis se obligat ad restitutionem dotis, vt colligitur ex scriptis per Ang. in Auth. C. de restitut. & ea quæ in princ. col.4. Iass. in cons.231.nu.3.lib.2. & alijs citatis à Menoch. ad hoc allegand. cons.33.n.1.lib.1. cui conuenit, quod scribit Bursat. cons.186.n.40.lib.2. vbi ponit regulam, quod maior dificultas residet in dicta actione bonorum fideicommissi, quam pro constitutione dotis, per §. his igitur in, Auth. de restitut. dot. & Authent. contra rogat, C. ad Trebellian. & ibi Bursat. alia plura scribit ad propositum istius quæstionis, & confirmo ex scriptis per Molin. lib. 4. cap. 6. numer. 3.*

168 ¶ Callò tambien Gonçalo de Vil alta la calidad de de la dote la carga de los vinculos de doña Maria de Cortinas, y Manuel de Cortinas la especie de bienes en que se le daua, con que se causò subrepcion: *Nam omnia sunt exprimẽda, quæ dificiliorem Regem redderent*, in l.2.tit.25.lib.8.Recop.vers. *Y mandamos*, & ibi Azeued. n.24. per tot. Torreb. de magia, lib.3.c.30.num.51. alios referens, pues a saberse todo, no se le concediera la facultad en la forma que se le concediò, si no de la manera que refiere el señor Luys de Molin. dict. lib.4.c.3.n.4. vers. *Si verò ad dotis seu arrarum restitutione concedatur præcipitur, vt ex pecunia dotalis res maioratus antiquis annuis redditib. subiecta repignorentur ac luanter, vel ex eis annuis redditus, vel alia bona immobilia comparentur, quæ restitutione dotis, & arrarum obliguentur, ista vt nisi in illorum subsidium nõ valeat ad bona maioratus conseruationi in posterum consulatur, quod in Regijs facultatibus obseruare solitum est. Y declama el caso que tocamos con la destruycion deste mayorazgo*, diziendo: *Videmus nãque pluries maioratuum possessores amplissimam pecuniarum summvm, quę ex causa dotis, sibi præstita fuit in profanos vsus facilime comsumsisse, quæ postea ex rebus maioratus, cum maximam reipublice perniciem conuertuntur conducũt plura relata per Mier. de maiorat.4.p.q.1.limit.2.à n.1. vsque ad 24.* ibi: *Et caueudum est ne dentur prædictè facultates, quia fideicommissa sub vertuntur & perit nomẽ illustrium familiarum, vt animaduertit, & consuluit, D. Anton. de Padill. in Authent. vendicet sibi locum in dote coustitutas, & soluta post grauamem in iuntum resoluit notantur post alios Rippa resp.192. & est omnino notandum, & animaduertendum, quod dispositio dictæ, Authent. res quæ, non habet locum, in dote confessata, vt resoluit Angel. in Auth. de restitutionib. & ea quę, col.2. Bald. Nouell. in tractat. de dote, p.6. priuil.13. Paris. Iass. Gozzadin. & alij quos citat Roland. cons.85.n.26.lib.1. & legi debet, n.36. & quod Authent. res quæ non procedat in muliere iam nupta, resolnit Ioann. Francisc. Ponte in cons.47.*

in consf.47 n 7.& quod d. Authent. res quæ non procedat in solutione arrarum, licet habeat locum in solutione donationum, propter nuptias, traddit Aluar. Valasc. consult. 2. n. 10. Quod facit contra facultates Regales, quæ quotidie dantur ad hipotecandum eos à maioratus pro solutione arrarum.

169 ¶ Sin que obste dezir, que el Principe tiene ciencia del derecho, y se presume en el, y que qnando concede alguna cosa contra lo dispuesto por derecho, es visto derogarlo, ad traddita per Oldrald. cons. 295. n. 4. porque esta resolucion tiene dos limitaciones, que la limitan, ajustada a los terminos que procedemos.

170 ¶ La primera, que quando el Principe concede alguna cosa contra el derecho comun, es visto dispensar, si especial, y expressamente de la relacion del hecho pudo ser informado del caso del pedimiento, ò prohibicion, secus verò si generaliter, vel sub aliquo in voluero verborum, quia generalitas obscuritatem parit, & Princeps de facili, circumveniri potest, Roman. cons. 326. n. 12. ibi: *Respondeò, eo quod est impetratio à subreptione soluetur non sufficit generaliter id factum, quod tacetur reddit rescriptum subreptitium, nisi etiam exprimatur modus per quæm, id factum stitit consummatum, hæc est glosa notabilis, in c. dilectus filius, Abb. super verbo causa de rescriptis, hoc dicens ex illo textu, & ex l. vt responsum, C. de transact. & illam ibi sequitur innocent, & de eadem festum facit Oldrald. in consiljs suis, cons. 14. & huius est ratio, quia ex ea generalitate, quæ obscuritatē parit, dicit ita l. quoties, ff. de verb. obligat. facile Princes potest circunueniri, l fin. ad finem, C. de dotis promissione,* ibi: *Dum de falso sermone se iactac, non ergò sufficit narrare effectum in genere, scilicet se iurasse nullatenus contrauenturam, nisi narretur specificè modus factus prædicta, scilicet se iurasse non contrauenturam absolutionem à iuramento petituram, atque absolutione non vsuram: ex his ergò concluditur hanc impetrationem subreptitiam fore, atque ipsi mulieri nullatenus suffragari.* Suffragatur Crauet. cōsil. 68. num. 3. Menoch. cons. 108. num. 26. & seqq. vol. 2. Gram. decis. 66. num. 18. idem Crauet. cons. 636. num. 4. vol. 4. Curt. iun. cons. 73. num. 25. Honded. cons. 28. num. 65. vol. 1. Azeued. alios referens 5. l. 2. tit. 25. lib. 8. Recop. n. 14. & 24.

171 ¶ La segunda declaracion es, que entonces resulta tacita dispensacion del dercho comun, quando ex narratiua rescripti seu gratiæ concessæ potes clare probari Principem sciuisse factū super quo pretenditur dispensatio tacita, Oldrald. cons. 328. nu. 9. & 12. & cons. 322. n. 7. & 21. & sequent. Calderin. cons. 407. alias 22. de regulis per totum Nat. cons. 402. per tot. maximè, nnm. 30. & cons. 420. n. 21. Roman. cons. 16. n. 8.

172 ¶ Pues tambien se ajustarà de la narratiua que hizo Gonçalo de Villalta todas las clausulas de la fundacion del mayorazgo, y derechos que impedian la concession, para que se preten-

da

da estar sobre ellos dispensado tacitamente, diziendo la facultad, ibi: *Non embargante el dicho mayorazgo, y qualesquier clausulas, y condiciones del, y que las dichas arras excedan de la dezima parte de vuestros bienes libres.* Que esta ambiguedad de tenerlos, ò no, y de la calidad de las clausulas, y forma con q̃ le fundó el dicho Cauallerizo, bastaua para hazer subrepticia la facultad, ex dictis fundamentis.

PRVEVASE LA OBREPCION.

173 ¶ Las calidades falsas que expressaron tambiẽ, hizieron la gracia obrepticia, quando se fuesse con presupuesto de que la facultad era bastante para otorgar la dicha hipoteca, pues afirmô Gonçalo de Villalta, que estaua concertado de casar, estandolo ya desde 27. de Agosto, y despachadose la facultad en 9. de Otubre de 559. como consta del memorial, y que tenia bienes libres, no los teniendo, como lo declaró a tiempo de hipotecar el dicho mayorazgo, que todo fue afirmar por verdad lo que era falso: y assi respecto dello fue esta expression falsa, y obrepticia, que hizo nula la dicha facultad, para hazer la hipoteca en la forma que la hizo.

174 ¶ Para lo qual se ha de advertir, que en la dicha facultad para la concession della se pueden considerar tres causas, vna substancial final, y otra impulsiua; la substancial cõsiste en el sujeto, y materia de la disposicion, que son las cosas, ó personas circa quod res versatur, porque de la certeza deste sugeto depende la forma de la disposicion, como en la cõpra y venta la cosa, y precio dello, porque sin la certeza de esto no puede consistir el consentimiento que obra el afecto en la disposicion, y esta obra que el rescripto, ò facultad; no se extienda a mas cosas, y personas que las comprehendidas, c. P. & G. de officio deleg, cap. cam te, iuxta vnum intellectum de rescript. & post Bald. Abb. & alios, Mandos. reg. Cancell. 34. q. 36 num. 3. tom. 2. Roman. cons. 388. num. 4. como sucedio diziendo Gonçalo de Villalta, que estaua concertado de casar a tiempo que lo estaua, con que faltò la causa substancial de la disposicion, que era para que mas bien conforme a su relaciõ tuuiera efecto el dicho casamiento, porque efectuado ya era otra cosa, y mas dificultosa la dispensacion en la hipoteca de los bienes de el mayorazgo, ad tradita per Franc. Ponte cons. 47. num. 8. & Mieres de maiorat. quæst. 1. part. 4. limi. 2. n. 24. Y assi en el despacho huuo conocida obrepcion, que hizo nula la dicha facultad, por no entenderse al estar ya casado el dicho Gonçalo de Villalta.

175 ¶ La causa final es aquella por que el Principe se mueue ad ita disponendum, quia tunc illa causa cohæret dispositioni, & quando causa quæ cohæret dispositioni arctat disponentem ad ita disponendum, tunc dicitur causa finalis, l. 1. & ibi Bald. num. 2. Bart. num. 4. C. de fals. caus. Bald. cons. 355 num. 2. & 3. vol. 1. Tiraquell. plures referens, in tract. de cessante causa, limit. 1. n. 60.

176 ¶ Y assi en la dicha facultad la causa final fue hipotecar los bienes del dicho mayorazgo a la seguridad de los dos mil ducados de arras que auia ofrecido Gonçalo de Villalta, aunque excediessen de la decima parte de sus bienes libres, y de la restitucion de los diez mil ducados que le prometieró en dote llanamente como hizo la relacion, la qual fue falsa, y siniestra, como se ha fundado, y consiguientemente nula la facultad, quia falsa relatio, & difficientiæ causę finales inanem facit dispositionem, c. postulasti de rescript. vbi Abb. num. 2. c quia circa de consanguinitat. & affinit. c. super his de fide instr. Paul. Par. cons. 31. n. 18. lib. 4. omnino videndus, Ioan. Gutierr. Canon. quæst. lib. 2. cap. 15. nu. 14. Auend. de censib. cap. 63. n. 16.

177 ¶ Causa impulsiua fue dezir Gonçalo de Villalta, que tenia bienes libres, no los teniendo, si no solo los de el mayorazgo, con que se causó conocida obrepcion, pues dixo Gonçalo de Villalta lo que mas facilmente podia mouer al Principe, considerando, que teniendo bienes libres, no era el riesgo del mayorazgo tan grande con que la concession fue nula ex defectu causæ impulsiuæ, que aunque es disputable si causa obrepcion en vn caso, no lo es quando el impetrante dexó de hazer relacion de cosas que mas dificultosamente mouieran el animo del Principe ad ita concedendum, ex traditis á Ioanne Gutierr. dict. cap. 15. Canon. quęst. num. 21. ibi: *In eo tamen constitue Canonicam hanc nostram quæstionem, an quod prædiximus de falsitate, & obreptione causæ impulsiuæ est, non vitiet concessionem Principis, procedat etiam in ea impulsiua causa, quæ licet talis sit, non tamen leuiter Principem mouisset ad concedendum, aut difficiliorem eum redderet, licet adhuc precibus annuisset, nec ne; & in hoc profecto dubia, & controuersa quæstione communis sententia interpretum est falsitatem, seu subreptionem, atque defectum huius causæ, quæ non leuiter mouit Principem, sed si ea defecerit difficiliorem eum redderet ad concedendum gratiam ipsam, atque dispositionem nullam efficere.* Nostram defendit conclusionem Auendañ. de censib. cap. 63. num. 16. vers. *Tertio ex supra dictis, & quæ non solum causa, quæ in iure fundatur, est exprimendæ, referunt DD. Alias, vt supra diximus, quæ magis, vel minus mouere possunt concedentem,*

dentem, in quibus diuersis rebus fuerunt locuti, vt quia dicunt causam impulsiuam esse exprimendam, quando potuit mouere Principem notabiliter alij, quando non leuiter alij quando non concessisset, vel saltim difficilius concessisset alij demum quando non concessisset, vel saltim egre illa condonasset; vt ex Nauarr. Couarr. Menoch. Mascard. & alij supr. notauimus.

178 ¶ De lo dicho bien se reconoce los defectos con q̃ corriò la facultad Real, ganada por Gonçalo Fernandez, assi para conseguirla, como para la obligacion que hizo de los bienes de el mayorazgo de los Villaltas, ocultando clausulas, callando otras, diziendo era para casarse estandolo ya, y que no tenia bienes libres, constando los que auian quedado por fin y muerte de su padre, no verificando la narratiua de la facultad; y los demas defectos que quedan referidos, y por no cansar en este Articulo, siendo materia tan conocida, y tratada por tantos, refiero al señor Salgado en el labirintho 2.part.cap.4.num.9 & cap.22.& omnino videndus 1.p. cap.37.per tot. adonde cita, y recoge a todos los que trataro͂ la materia, y las clausulas que son necessarias para que la facultad no sea subrepticia, ni obrepticia.

ARTICVLO VLTIMO de la primera Parte.

179 ¶ En este vltimo Articulo se dà satisfacion a la segunda suplicacion interpuesta por don Gonçalo Fernandez de Villalta de la sentencia de reuista que se diò a fauor de don Francisco de Obregon, en quanto a lo que mira a la determinacion de la remission que huuo en dicho Articulo, sobre si se auia de admitir segunda suplicacion, ò no.

180 ¶ Despachada la executoria a fauor de don Francisco de Obregon, para la cobrança de los quatro mil ducados, que quedan referidos, don Gonçalo de Villalta auiendo salido a este pleyto como tercero en dos de Setiembre del año passado de veinte y cinco, y suplicado de la sentencia de reuista en lo que era de suplicacion digna por las colusiones, y omissiones que huuo, q̃ quedan ponderadas en los Articulos precedentes por auto de veynte y dos de Enero del año passado de veynte y seys, se remitiò el pleyto en quanto al dicho articulo.

181 ¶ Hallase en el pleyto peticion de justicia, dada por don Gonçalo de Villalta, en veynte y tres de Iunio del dicho año de veynte y seys, y assimismo se halla afirmatiua interpuesta pc parte de don Gonçalo a la peticion referida, y emplaçamiento que della se despachò.

182 ¶ En dos de Março de el año siguiente de veynte y nueue se contesta el juyzio por parte de los interessados, y se respo͂

e derechamente a las peticiones de don Gonçalo en veynte y vno e Março del dicho año de consentimiento de partes, le recibiò à rueua.

183 ¶ Por pretender don Iuan de Obregon en ocho de Mayo del dicho año, auiendo pretendido no ser parte, se recibe el leyto con el a prueua, y se và substanciando hasta conclusion para difinitiua.

184 ¶ Visto el pleyto por los señores de la Sala, assi sobre lo principal, como sobre el atentado, en esto se reserua, en aquello no se determina. Por pleyto retardado se buelue a substanciar con los interessados, y se pone en estado de vista, y della se originò el dudarse si tenia estado el pleyto para verse, respecto de que se halaua el auto de remission, mas no el segundo que la determinaua, y para que conste estar legitimamente determinada la dicha remission, se deue notar lo siguiente.

185 ¶ Lo primero, que viendose el pleyto sobre si se auia de responder, ò no, por parte de don Iuan de Obregon, y consortes, y remitido, despues se halla peticion de afirmatiua, esta de estilo solo se pone despues de determinado el articulo difinitiuamente, con que a no auer determinacion, no podrà correr la afirmatiua.

186 ¶ Lo segundo, dicho pleyto hallamos estar sustanciado despues de dicho auto de remission, de la misma suerte como si no lo huuiera auido, lo qual era imposible que pudiesse hazerse, ni correr, si no estuuiera determinado el pleyto, ni tampoco los señores Iuezes lo huuieran visto, ni determinado, ad quod facit vulgare axioma deducto, ex l. 1. §. huius rei, ff. de officio eius, l. veteres, ff. de itinere actuque priuat. quod destructo antecedenti non est locus, consequenti, Crauet. cons. 231. num. 2. Anton. Monach. decis. Florent 29. num. 26. Bald. in l. 1. opposition. 9. C. de fideicõ. Mantic. decis. 15. num. 5. & decis. 199. de iure spiritual lib. 15. cap. 13. nu. 37. Y assi parece imposible el que se pueda dar que el pleyto se substanciasse con los medios que el derecho propone, y el estilo guarda estando suspenso su curso por el auto de remission, y assi es fuerça confessar que el pleyto quedò legitimamente determinado, por ser imposible que pueda auer acto consequente faltando el antecedente, Surd. cons. 91. num. 4. Euerard. in thopicis legalib. loco 94.

187 ¶ Tambien es de ponderar, que don Gonçalo de Villalta en la segunda suplicacion que puso intentò dos derechos; el vno el que diò causa a la dicha remission, que fue suplicar de la sentencia de reuista, por las colusiones, y omissiones referidas; el otro reuocacion de la sentencia de remate, y autos en virtud della hechos para la paga de los quatro mil ducados que se hizo a dõ Frã

cisco

cisco de Obregon, con que dado que la remission no estuuiera determinada en esta parte, parece que corria la pretension de don Gonçalo en quanto al atentado, y reuocacion de la via execu tiua, con todo hallasse el pleyto substanciado en quanto a la segunda suplicacion, con que por necessidad se reconoce el es tar en estado de reuocarse (ó confirmarse) las sentencias que a fa uor de Don Francisco de Obregon en dicho pleyto se pronunciaron.

(*,*) PARTE SEGVNDA. (*,*)

188 LA execucion de 10ʊ. ducados, pedida por don Baltasar de Villalta, por Agosto de 601. es la que deuiamos ajustar en esta segunda parte, contra ella quedò bastantemente satisfecho en la primera parte de este alegato.

189 ¶ Lo primero; que don Baltasar estaua pagado, como parece del num. y siguientes. Lo segundo, que auian quedado muchos bienes libres, vt patet á nu. Lo tercero, que no era juez competente el desta ciudad. Lo quarto, que D. Baltasar se contentò con bienes apreciados. Lo quinto, que la transaccion, que por virtud dessa sentencia de remate, y demas autos que a ella se siguieron, fue nula por no preceder facultad Real que era necessaria, como queda prouado. Lo sexto, que doña Maria de Cortinas, y Manuel de Cortinas no dexaron bienes sobre que pudiesse consistir el dicho mayorazgo, y esto cōsta desde el num. desta alegacion. Lo septimo, las colusiones, y omissiones que quedan referidas; que por quedar todo autorizado no canso, y assi es fuerça passar a la vltima execuciō que fue la qne prometimos ajustar en la vltima parte deste alegato, con que cerraremos el discurso.

(*,*) PARTE TERCERA. (*,*)

190 POR el año passado de 595. don Baltasar de Villalta, como hijo, y heredero de Gonçalo Fernandez, que fue el que obligo los bienes del mayorazgo de los Villaltas, pide mandamiento de execucion contra los bienes de su propio mayorazgo, por cantidad de 2ʊ. ducados, por cuenta de la dote de su madre, con protestacion de pedir lo demas, respeto de que su padre auia vendido los bienes dotales, y no auia dexado algunos libres, y que se pudiesse hazer pago de la dicha dote.

191 ¶ La execucion se hizo en los bienes de el dicho

mayorazgo en treynta de Iulio del dicho año, y dize asſi ſe haze la dicha execucion en los bienes de ſu mayorazgo, y los que le pertenecian, asſi rayzes, como muebles, y ſemouientes, ganados, deudas, derechos, y acciones, reparеſe que en el mayorazgo ſolo ſe halla vna prenda mueble, que es vna copa que el ſeñor Emperador, Rey de Romanos, diò al Comendador Gonçalo Fernandez, fundador del dicho mayorazgo.

192 ¶ Valido es el argumento, á ſuficienti partium, enumeratione, ex l. patre furioſo, ff. de his quæ ſunt ſui, cap. quanto, circa med. de iur. iurand. Caſtrenſ. 256. lib. 2. Paulo Pariſ. conſ. 67. nu. 18. lib. 4. Alex. conſ. 53. n. 8. lib. 4. Roland. conſ. 3. n. 24. lib. 4. ſi en la execucion q̃ ſe haze, conſta, q̃ en el mayorazgo no auia bienes muebles, ganados, deudas, derechos, ni acciones, y ſe trauô en ellos, es cierto q̃ la execució nõ pudo correr ẽ los bienes del, asſi por auerſe mãdado por la facultad Real de q̃ primero ſe cobraſe de los bienes libres, como por la naturaleza del propio maiorazgo, el qual no eſtà obligado, ſino en defeto de no auer otros bienes in ſpetie tenent Noguer. allegat. 40. n. 39. ibi: *Ut eſt oppinio praxi receptiſsima, quod ſibe agatur de dote reſtituenda, ſibe conſtituenda prius, ſemper excuſio facienda, eſt in bonis liberis, & eis ſtantibus non poſunt alienari, neque aprehendi vinculata.* Adonde refiere a muchos, que por auerlos citado para otro efeto en la primera parte deſta alegacion, no canſo con repetirlos. Aqui hallamos por los propios autos, que auia bienes muebles, y ſemouientes, ganados, deudas, derechos, y acciones, con que el intento es ſeguro, de que la execucion no pudo correr.

193 ¶ El ſegundo defeto que tuuo eſta execucion, y las referidas, fue, que antes de hazerſe auia de preceder prouança, de que no auia bienes libres, D. Molin. de primog. tit. 4. c. 7. n. 34. & 35. Gabriel conſ. 118. n. 6. & 7. lib. 1. Peregrin. Alciat. 40. n. 22. Auend. de cenſ. c. 63. n. 12. & 13. Cancer. lib. 1. var. c. 9. num. 174. Cencio de cenſ. 1. p. c. 2. q. 1. art. 6. n. 23. Leon part. 2. deciſ. 171. n. 4. Fuſſar. de ſubſtitut. q. 531. & in n. 124. & 124. No huuo tal prouança en todo eſte pleyto, antes a auerla de q̃ no auia bienes libres, fuera contra la verdad de lo que conſta por el.

194 ¶ El tercero defeto es, que los bienes deſte mayorazgo eſtauan obligados por vna accion ſubſidiaria, y que los bienes de la dote de doña Maria de Cortinas, y los demas libres de Gonçalo Fernandez ſu marido, erant de ligati actione hipotecaria, y asſi don Baltaſar, que pretendió cobrar la dote de ſu madre, deuiò primero recurrir contra los libres, y contra aquellos que primo loco eſtauan obligados a la ſatisfacion de la dicha dote, ita in terminis Menoch. lib. 4. de præſumptionib. præſumpt.

presumpt. 190. n. 45. Auend. in l. 46. Taur. glos. 9. n. 8. & 9. Ioseph de Rusticis à l. cum auus, lib. 3. c. 4. n. 3. Mart. de suces. legal. p. 4. q. 21. art. 17. n. 84. & 85. Nada interuino en este caso; por lo qual se reconoce el fin que lleuò don Baltasar; que fue solo de destruyr el dicho mayorazgo, teniendo bienes de adonde cobrar.

195 ¶ Lo quarto que se pondera por defecto contra esta execucion, y las demas, es la cobrança de las arras; pues no consta cupiessen en los bienes libres, ni al tiempo de la dote; ni al tiempo de la cobrança della, pues para ello deuia preceder prouança, vt docet Sanchez lib. 6. disp. 35. num. 2. Ceuall. 3. part. quest. 849. n. 11. Noguer. allegat. 17 ad fin. & 40. num. 19. De aqui bien se sigue, supuesto de que no ay prouança de que auia bienes libres en que cupiessen los dos mil ducados de arras que se mandaron; y respecto de no auerse verificado dicha calidad, las execuciones son ningunas. Aqui hallamos que las arras se cobraron como lo demas; luego bien se sigue que auia veynte mil ducados de bienes libres. Gonçalo Fernandez quando hipoteca los bienes de el mayorazgo, en virtud de la facultad, no hipoteca bienes libres; porque dize no tenerlos al tiempo de la restitucion de la dote D. Baltasar cobra las arras, bien se sigue, que auia entonces bienes libres en que cupiessen, y con este argumento se confirma lo dicho en el principio de esta tercera parte, adonde referimos las palabras de los bienes en q̃ se trabò la execucion, ibi: *Ganados, bienes muebles, deudas, derechos, y acciones*, para que assi conste, que, ò auemos de dar que auia bienes bastantes para la paga de las arras, y dote, sin llegar a lo vinculado, ò q̃ si no los auia, ellas no se podian cobrar, porque la facultad dada para que los demas del mayorazgo esten hipotecados a la paga de las arras, ha de ser si caben en vno de los tiempos que la ley de el fuero dispone, ita in terminis tenet Noguerol allegat. 40. numer. 19. ibi: *Tandem postrema coniectura est respectu arrarum, ad quarum obligationem, quo ad quantitatem sex mille ducatorum, facultas Regalis expressa est, & non potuit decimam bonorum partem Marchionis excedere iuxta legem fori, quæ est l. 1. tit. 2. de las arras, quæ obseruari iuuetur per l. 50. Tauri, l. 2. tit. 2. lib. 5. Recop. Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 29. num. 1. & ex toto huius litis progressa non constat, nec à testamentarijs inuenitur probatum decimam bonorum Marchionis partem, tam liberorum, quam maioratus capere dicta sex mille ducata, cum hoc sit fundamentum petitionis arrarum, præcipuè quando eas vxor non possidet, sed vt actrix eas petit, vt cum pluribus tradit Sanchez lib. 6. disput. 35. num. 2. quam opinionem dicit veriorem Ceuall. 3. part. quæst 849. num. 11. & ita praxis obseruat, & allegat. 17. ad fin. ita fuisse decisum retuli.* [illegible] da de lo referido se obseruò: con que parece, que tambien el [illegible] cio por esta parte tiene poca seguridad.

196 ¶ Danse los pregones a esta via executiua de [illegible] en nueue dias, mas no estan firmados de escriuano los autos: no [illegible] brarse

brase vn defensor a estos bienes, tampoco està firmado el auto de Iuez, ni escriuano: el mismo defecto padeciò el encargamiento de los diez dias; con lo qual se procede a sentencia de remate, y se vẽden los bienes todos deste mayorazgo con las nulidades, subtracciones, y defectos que quedan ponderados en el discurso deste alegato, que por no cansar no repito, y solo traygo para comprouaciõ de los defectos contenidos en este numero à Guid. Pap. en la question 616. à num. 5. adonde asienta, que los autos judiciales no estando firmados de Iuez, y escriuano, son nulos, y no hazen fee, ni prueua alguna.

197 ¶ Con razon puede, señor, exclamar quien vè la hazienda de sus hijos vendida, tam perturbato iuris ordine, que a tener justificacion la obligacion, en virtud de que se vendiò, pudiera minorar su sentimiento: mas distribuyda por tantos medios, y tan poco ajustados, vnos a estilo, y otros a razon, motiuan el que no desistan de la prosecucion de el, pues la seguridad de su justicia con lo azelerado que se procediò se la asseguran, ni teman la larga costa deste pleyto, y lo mucho que ha costado: y assegura el que se determine en su favor. Salva in omnibus V.D.C.

Licenciado D. Antonio de Morales.

IMPRESSO EN GRANADA,

En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar; Año de M. DC. LIII.